

Günter Kühn

Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH,
die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht und der sich
daraus ergebende Schadensersatzanspruch gegen
die Geschäftsführer, Gesellschafter und Dritte.

Zugleich ein Beitrag
zum Problem der unterkapitalisierten GmbH

1969
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555409_0004

DIE KONKURSANTRAGSPFLICHT BEI ÜBERSCHULDUNG EINER GMBH,
DIE SCHULDHAFTE VERLETZUNG DIESER PFLICHT UND DER SICH
DARAUS ERGEBENDE SCHADENSERSATZANSPRUCH GEGEN DIE GE -
SCHAFTSFÜHRER, GESELLSCHAFTER UND DRITTE. - ZUGLEICH
EIN BEITRAG ZUM PROBLEM DER UNTERKAPITALISIERTEN GMBH

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des

akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu Münster

vorgelegt von

G Ü N T E R K Ü H N

aus Halle an der Saale

1969

1. Berichterstatter: Professor Dr. D. Reinicke
2. Berichterstatter: Professor Dr.Dr. R. Lukes
Dekan: Professor Dr. H. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1969



M e i n e n E l t e r n

Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
<u>Einleitung</u>	1
<u>1. Teil Die Haftung der Geschäftsführer nach</u> <u>§ 823 Abs. 2 BGB</u>	2
<u>A Der Schutzzweck der Konkursantrags-</u> <u>pfllicht bei Überschuldung des Gesell-</u> <u>schaftsvermögens</u>	3
I Der Schutz der Altgläubiger	4
§ 1 Der personelle Schutzbereich	4
§ 2 Der sachliche Schutzbereich	4
II Der Schutz der Neugläubiger	5
§ 1 Der personelle Schutzbereich	5
§ 2 Der sachliche Schutzbereich	6
1. Der Schutz gegen weiteren Ver-	
fall des Gesellschaftsvermögens	6
2. Der Schutz Dritter im rechtsge-	
schäftlichen Verkehr mit einer	
überschuldeten GmbH	7
a. Die Meinung des Bundes-	
gerichtshofs und des	
Schrifttums	7
(1) Die Begründung durch den	
Bundesgerichtshof	9
(2) Die Bedenken gegen diese	
Begründung	10
(3) Die zwei tragenden Ar-	
gumente des Bundesge-	
richtshofs	11

b. Die eigene Ansicht, zugleich Kritik an der herrschenden Meinung	12
(1) Die Auswertung der Materialien zum GmbHG	13
(2) Die Entstehungsgeschichte der Konkursantragspflicht im Ak- tienrecht und im Genossen- schaftsrecht	17
(3) Der teleologische Zusammenhang zwischen der Konkursantrags- pflicht bei Überschuldung und anderen Normen	23
(a) Die Zwangsliquidation einer konkursreifen GmbH	23
(b) Das Verbot, eine sich in Zwangsliquidation befindende GmbH fortzusetzen, und sei- ne Ausnahmen	26
(c) Die Ersatzpflicht der Ge- schäftsführer gegenüber der Gesellschaft und der Unter- schied im sachlichen Schutz- bereich der Altgläubiger und Neugläubiger als mögliche Gegenargumente	29
(4) Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer Aktienge- sellschaft, einer Genossenschaft und eines rechtsfähigen Vereins	33
(a) Die Regelung im Recht der Ak- tiengesellschaft und der Ge- nossenschaft	33
(b) Die Regelung im Vereinsrecht	34
(5) Die sachgerechtere Lösung	37
c. Das Ergebnis	38
3. Der Schutz Dritter, deren Ansprüche auf außerrechtsgeschäftlichen Vorgängen be- ruhen	39
III Das Ergebnis	40

<u>B</u>	<u>Die weiteren Haftungsvoraussetzungen</u>	40
I	Die Entstehung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung	40
	§ 1 Die Überschuldung	41
	§ 2 Das Erfordernis, daß sich die Überschuldung bei Aufstellung einer Jahres- oder Zwischenbilanz ergibt	64
II	Die Fälle, in denen an den Wegfall der Konkursantragspflicht gedacht werden kann	71
	§ 1 Die Beseitigung der Überschuldung	71
	§ 2 Der Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens	75
	§ 3 Die Befreiung von der Antragspflicht auf Grund von Sondervorschriften	77
	§ 4 Die Niederlegung des Geschäftsführeramtes	77
	§ 5 Der Antrag eines anderen Antragsberechtigten	77
III	Die objektive Verletzung der Antragspflicht	78
	§ 1 Das Unterlassen, den Konkursantrag zu stellen	78
	§ 2 Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	79
IV	Das Verschulden	79
	§ 1 Das schuldhaftes Zögern	80
	§ 2 Die Bedeutung der Dreiwochenfrist	80
	§ 3 Die Objektivierung des Verschuldensmaßstabes	85

	<u>Seite</u>
<u>C</u> <u>Die Haftungsfolgen</u>	86
I Die objektive Zurechnung des Schadens	86
II Die Haftungsbegrenzung durch den Normzweck	88
III Das mitwirkende Verschulden	91
 <u>2. Teil</u> <u>Die Haftung der Geschäftsführer, der Gesell-</u> <u>schafter und Dritter nach §§ 823 Abs. 2,</u> <u>830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB</u>	 97
 <u>A</u> <u>Die besonderen Haftungsvoraussetzungen für</u> <u>Mittäter, Anstifter und Gehilfen</u>	 97
 <u>B</u> <u>Die Haftungsfolgen</u>	 115
 <u>3. Teil</u> <u>Der Zusammenhang zwischen Unterkapitali-</u> <u>sierung und Überschuldung einer GmbH</u>	 115
 <u>A</u> <u>Die Verwirklichung des Zwecks der Konkurs-</u> <u>antragspflicht bei Überschuldung einer GmbH</u>	 116
 <u>B</u> <u>Der Unterschied zwischen Überschuldung</u> <u>und Unterkapitalisierung einer GmbH</u>	 117
 <u>C</u> <u>Die Gefahren der Unterkapitalisierung</u>	 120
I Die geringe Bindung des Vermögens der Gesellschaft	120
II Die Begünstigung der Überschuldung der Gesellschaft	123
 <u>D</u> <u>Die Versuche der Gesellschafter, die</u> <u>Gefahren der Unterkapitalisierung zu</u> <u>bannen</u>	 124
I Die Stammkapitalerhöhung	124

	<u>Seite</u>
II Die Nachschüsse der Gesellschafter	125
§ 1 Der ordentliche Nachschuß	125
§ 2 Der freiwillige Nachschuß	126
III Die Gesellschafterdarlehn	128
<u>4. Teil Die unterkapitalisierte GmbH in Rechts-</u> <u>sprechung und Lehre</u>	129
<u>A Die höchstrichterliche Rechtsprechung</u>	129
I Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	129
II Die Rechtsprechung des Bundesgerichts-	
hofs	131
<u>B Die wichtigsten Lehrmeinungen</u>	137
I Die Meinung Reinhardts	137
II Die Meinung Ungers	141
III Die Meinung Erlinghagens	141
IV Die Meinung Ermans	144
V Die Meinung Kamms	147
<u>5. Teil Das Problem der unterkapitalisierten GmbH</u> <u>und das geltende Recht - zugleich Kritik</u> <u>an Rechtsprechung und Lehre</u>	148
<u>A Die Unterkapitalisierung und § 826 BGB</u>	149
<u>B Die Unterkapitalisierung und die Konkurs-</u> <u>antragspflicht bei Überschuldung einer GmbH</u>	150
I Die Stellungnahme zur Rechtsprechung	
des Bundesgerichtshofs	150
II Die Stellungnahme zur Lehre	160

Seite

III	Die von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Haftungsgesichtspunkte und ihre Berücksichtigung im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach §§ 823 Abs. 2, 830 BGB	166
-----	--	-----

<u>C</u>	<u>Die unterkapitalisierte GmbH als Teil einer in sich geschlossenen, sinnvollen gesetzlichen Gesamtregelung</u>	167
----------	--	-----

	<u>Das Ergebnis</u>	173
--	---------------------	-----

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Adler Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft,
2. Aufl., Stuttgart 1956
- Baier Vermögensabgabe und Überschuldung,
NJW 1956, S. 1302 - 1305
- Ballerstedt Kapital, Gewinn und Ausschüttung
bei Kapitalgesellschaften,
Tübingen 1949
- Ballerstedt Zur Rechtsstellung des Auftraggebers eines Strohmanns nach GmbH-Recht,
Juristenzeitung 1960,
S. 513 - 518
- Baumann Schuldtheorie und Verbotsirrtum im
Zivilrecht?
AcP Bd. 155, S. 493 - 519
- Baumbach Gesetz betr. die Gesellschaften mit
beschränkter Haftung,
Kurz-Kommentar, 4. Aufl.,
München und Berlin 1944
- Baumbach, A. und Aktiengesetz, Kurz-Kommentar,
G. Hueck 13., völlig neubearbeitete Aufl.,
München 1958
- Baumbach-Hueck GmbH-Gesetz, Kurz-Kommentar,
12., neubearbeitete Aufl.,
München und Berlin 1966
- Baur Anmerkung zum BGH-Urteil vom
3.10.1961 - VI ZR 242/60 - (= JZ
1962, S. 94),
JZ 1962, S. 95 - 96
- Bendix Anmerkung zu RG 2. StSen. vom 7.4.
1927 2 D 117/27,
JW 1927, S. 1696 - 1697
- Bergenroth GmbHG § 64 I ist Gläubigerschutzge-
setz i. S. § 823 II BGB,
MDR 1958, S. 199 - 201
- Bergmann Hat die Löschung einer Kapitalge-
sellschaft konstitutive oder dekla-
ratorische Bedeutung?
Deutsche Notarzeitung 1935,
S. 782 - 786

- ECB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., I. Bd. 1. und 2. Teil, Berlin 1959 und 1960
- Biermann Die Überschuldung als Voraussetzung zur Konkurseröffnung, Berlin 1963
- Bley Vergleichsordnung, Kommentar, 2., neubearbeitete Aufl., Berlin 1955
- Böhle-Stamschräder Konkursordnung, Kurz-Kommentar, 8., neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1966
- Böhle-Stamschräder Vergleichsordnung, Kurz-Kommentar, 6., neubearbeitete Aufl., München und Berlin 1965
- Boehmer Anmerkung zum BGH-Urteil vom 22.4. 1958 - VI ZR 65/57 - (= JZ 1958, S. 742), JZ 1958, S. 743 - 744
- Boesebeck Zur Auslegung des § 164 HGB, Anmerkung zum RG-Urteil vom 22.10. 1938 - II 58/38 - (= JW 1939, S. 229 ff), JW 1939, S. 325 - 326
- Bornhaupt Der Erlaß von Lastenausgleichsabgaben aus Billigkeitsgründen, Stuttgart 1966
- Brodmann Aktienrecht, Kommentar, Berlin und Leipzig 1928
- Brodmann Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 2., verbesserte Aufl., Berlin und Leipzig 1930
- Buchwald Die Bewertung des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der GmbH, GmbH-Rundschau 1957, S. 33 - 34
- Bydlinski Mittäterschaft im Schadensrecht, AcP Bd. 158, S. 410 - 430
- Bydlinski Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, 28. Beiheft der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Stuttgart 1964

- Caflisch Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Rechte der Aktiengesellschaft, Züricher Diss., Wintarthur 1961
- Canaris Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Crisolli Die Auflösung und Löschung von Gesellschaften nach dem Gesetz vom 9. Okt. 1934, JW 1934, S. 2657 - 2661
- Crisolli-Groschuff-Kaemmel Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, 3., stark vermehrte Aufl., Leipzig 1937
- Crüger-Crecelius Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Kommentar, 12. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
- Dahl Die Bewertung bei der Ermittlung der Überschuldung einer GmbH nach § 63 GmbHG, GmbH-Rundschau 1964, S. 112 - 115
- Dallinger Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1956, S. 143 - 146
- Dempewolf Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehn bei Personengesellschaften im Konkurse der Gesellschaft, Der Betrieb 1961, S. 969 - 972 und 1011 - 1012
- Detmold Der Begriff des Schutzgesetzes im § 823 B.G.B., Festgabe der Gothaer Juristenfakultät für Regelsberger, Leipzig 1901, S. 317 - 351
- Drobnig Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/M. - Berlin 1959
- Düring, W. Die Bewertung im Falle des § 240 HGB, Kongressarchiv 1936 des deutschen Prüfungs- und Treuhandwesens, Berlin 1937, S. 165 - 171
- Düring, W. Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungsumstellung, Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 193 - 195

- Emmerich Die Sanierung, I. Teil,
Mannheim - Berlin - Leipzig 1930
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearbeitung,
Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Zweiter Halbband,
15. Aufl., Tübingen 1960
- Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Ent-
wurf eines Einführungsgesetzes
nebst Denkschrift zu dem Entwurf
eines Handelsgesetzbuchs und eines
Einführungsgesetzes in der Fassung
der dem Reichstag gemachten Vorlage,
Berlin 1897
- Erbs-Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze, Kom-
mentar, München, Loseblattwerk
- Erlinghagen Haftungsfragen bei einer unterkapi-
talisierten GmbH,
GmbH-Rundschau 1962, S. 167 - 176
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch,
4., neubearbeitete Aufl.,
Münster 1967
- Erman Zur Frage der Haftung der Hinter-
männer überschuldeter Gesellschaf-
ten, Konkurs-, Treuhand- und
Schiedsgerichtswesen 1959,
S. 129 - 134
- Esser Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner
Teil, 3., völlig neubearbeitete
Aufl.,
Karlsruhe 1968
- Esser Schuldrecht,
2.Aufl., Karlsruhe 1960
- Feine Die Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, Sonderdruck aus Handbuch
des gesamten Handelsrechts, heraus-
gegeben von Victor Ehrenberg,
Dritter Bd., III.Abteilung,
Leipzig 1929
- Fikentscher Das Schuldrecht,
Berlin 1965
- Fischer Anmerkung zum BGH-Urteil vom 14.12.
1959 - II ZR 187/57-(= BGHZ 31, 258),
LM Nr. 4 zu § 2 GmbHG

- Flume Anmerkung zu BGH, Urteil v.14.3.61
- VI ZR 189/59 - (= BGHZ 34, 355 ff
= JZ 1961, S. 602 - 605),
JZ 1961, S. 605 - 606
- Friedrich Anmerkung zum RG-Urteil vom 16.10.
1937 - II 70/37 - (= Deutsche Ju-
stiz 1938, S. 601 ff),
Deutsche Justiz 1938, S. 603 - 604
- Gadow Aktiengesetz, Kommentar bearbeitet
von Gadow, Heinichen, Eberh.Schmidt,
W.Schmidt, Weipert,
Berlin 1939
- Gadow Aktiengesetz, Großkommentar,
2., neubearbeitete Aufl. von Barz,
Fischer, Klug, Mellerowicz, Meyer-
Landrut, Schilling, Schmidt,
Erster Bd., Berlin 1961
Zweiter Bd., Berlin 1965
- Geilen Strafrechtliches Verschulden im
Zivilrecht?,
JZ 1964, S. 6 - 13
- Gernhuber Die Haftung für Hilfspersonen inner-
halb des mitwirkenden Verschuldens,
AcP Bd. 152, S. 69 - 83
- v. Godin-Wilhelmi Aktiengesetz vom 6.September 1965,
Kommentar, 3.Aufl. bearbeitet von
Hans Wilhelmi und Sylvester Wilhelmi,
Bd. II §§ 179 - 410,
Berlin 1967
- v. Godin-Wilhelmi Gesetz über Aktiengesellschaften und
Kommanditgesellschaften auf Aktien,
Kommentar,
2. vermehrte Aufl., Berlin 1950
- Groschuff Wiederbelebung von Firmen,
JW 1935, S. 1738 - 1747
- Hachenburg Kommentar zum Gesetz betreffend die
Gesellschaften mit beschränkter Haf-
tung (früher Staub-Hachenburg),
5. Aufl. unter Mitarbeit von Bing
und W. SchmidtII
2. Bd. (§§ 35 - 84),
Berlin und Leipzig 1927
- Hachenburg Kommentar zum Gesetz betreffend die
Gesellschaften mit beschränkter Haf-
tung, Erster Bd. (§§ 1- 34),
6. Aufl., bearbeitet von Schmidt,
Schilling, Goerdeler,
Berlin 1956

- Hachenburg Zweiter Bd. (§§ 35 - 84),
6. Aufl.; bearbeitet von Schmidt,
Schilling, Klug, Goerdeler,
Berlin 1959
- Hahn Die gesamten Materialien zur Kon-
kursordnung und dem Einführungsge-
setz zu derselben vom 1. Febr. 1877
sowie zu dem Gesetz, betreffend die
Anfechtung von Rechtshandlungen
eines Schuldners außerhalb des Kon-
kursverfahrens, vom 21. Juli 1879,
Berlin 1881
- Harmening Lastenausgleich, Kommentar zur ges.
Lastenausgleichsgesetzgebung, begr.
von Rudolf Harmening, fortgef. von
Werner Schubert,
München und Berlin 1964 (Loseblatt-
ausgabe)
- Heck Das Problem der Rechtsgewinnung,
2. Aufl., Tübingen 1932
- Heck Gesetzesauslegung und Interessen-
jurisprudenz,
AcP Bd. 112, S. 1 - 318
- Heck Rechtserneuerung und juristische Me-
thodenlehre,
Tübingen 1936
- Heißmann Die betrieblichen Ruhegeldverpflich-
tungen,
5., völlig neubearbeitete und stark
erweiterte Aufl., Köln 1963
- Herbig Rechtsfragen bei der Löschung von
Kapitalgesellschaften,
Deutsche Notarzeitung 1935,
S. 787 - 794
- Hirsch Zur Auslegung und Reform der Über-
schuldungsbestimmungen im Gesell-
schaftsrecht, Festschrift für
Alfred Hueck,
1959, S. 307 - 319
- Hofmann Zum "Durchgriffs"-Problem bei der
unterkapitalisierten GmbH,
NJW 1966, S. 1941 - 1946
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts,
Erster Bd., 7. Aufl.,
Berlin und Frankfurt 1963
- Jaeger Kommentar zur Konkursordnung,
6. und 7. neubearbeitete Aufl.,
Berlin und Leipzig 1936

- Jaeger-Weber Kommentar zur Konkursordnung,
8.Aufl., Zweiter Bd., bearbeitet
von Weber,
Berlin 1961
- Kamm Gesellschafterdarlehn an Kapitalge-
sellschaften, nach deutschem Recht
unter Berücksichtigung des schweize-
rischen und des französischen
Rechts,
Diss. Genf, München 1967
- Kamprad Die Behandlung von Gesellschafter-
darlehen an eine GmbH als verdeckte
Stammeinlagen im Steuer- und Privat-
recht,
Diss. Berlin 1967
- Kaufmann Buchbesprechung: Lehmann, Der Kon-
kurs der GmbH,
Gruchots Beiträge 59, S. 185 - 189
- Kleinertz Mißbrauch der Haftungsbeschränkung
bei der GmbH. Zugleich ein Beitrag
zur Mißbrauchslehre und zur Durch-
griffshaftung,
Diss. Köln 1967
- Knöpfle Zur Problematik einer Norm als
Schutzgesetz im Sinne des § 823
Abs. 2 BGB,
NJW 1967, S. 697 - 702
- Kottke Die Konkursbilanz,
DB 1954, S. 437 - 439
- Kropff Aktiengesetz,
Textausgabe des Aktiengesetzes vom
6.9.1965 und des Einführungsgeset-
zes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965
mit Begründung des Regierungsent-
wurfs. Bericht des Rechtsausschus-
ses des Deutschen Bundestages,
Düsseldorf 1965
- v. Krosigk Überschuldung einer Kapitalgesell-
schaft durch die Vermögensabgabe
nach LAG?,
NJW 1956, S. 324 - 326
- Kühn Abgabenordnung,
8., neubearbeitete Aufl.,
Stuttgart 1966
- Kühne-Wolff Die Gesetzgebung über den Lastenaus-
gleich, Ausgabe A
- Kühne Außergerichtliche Vergleichsordnung,
7., völlig neubearbeitete und er-
weiterte Aufl., München 1968

- Lambsdorff-Gilles Zur Haftung der GmbH-Geschäftsführer bei unterlassenem oder verzögertem Konkursantrag, NJW 1966, S. 1551 - 1552
- Lange, Hermann Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Tübingen 1960
- Lange, Richard Buchbesprechung: Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 77, S. 312 - 321
- Larenz Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1967
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1968
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- Larenz Ursächlichkeit der Unterlassung (zugleich Besprechung des BGH-Urteils v. 25.9.1952, NJW 1953, S. 700), NJW 1953, S. 686 - 687
- Lastenausgleichsgesetze Bd. I/2, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über einen allgemeinen Lastenausgleich, herausgegeben vom Bundesminister für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte, Bonn 1966
- Lehmann Anmerkung zum BGH-Urteil vom 9.12. 1958 - VI ZR 199/57 - (= NJW 1959, S. 479), NJW 1959, S. 670
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16., unveränderte Aufl., Berlin 1966
- Lehmann-Ring Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 2. Aufl., bearbeitet von K. Lehmann, 2. Bd., Berlin 1913

- Lindenmaier Adäquate Ursache und nächste Ursache,
ZHR Bd. 113, S. 207 - 280
- Lutz Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von Lutz, I. Theil,
Würzburg 1858
- Lutz Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von Lutz, Beilagenband,
I. und II. Theil, Würzburg 1861;
III. Theil, Würzburg 1867
- Mammy Zur Anrechnung des Aufsichtsverschuldens des gesetzlichen Vertreters als Mitverschulden des Kindes,
NJW 1960, S. 753 - 756
- Mathews Zahlungsunfähigkeit, Zahlungseinstellung und Überschuldung im Konkurs- und Vergleichsrecht, Wege zu ihrer Ermittlung,
Die Wirtschaftsprüfung 1950,
S. 250 - 255
- Medicus Bürgerliches Recht,
Köln-Berlin-Bonn-München 1968
- Mentzel-Kuhn Kommentar zur Konkursordnung,
7. Aufl.,
Berlin und Frankfurt a.M. 1962
- Mezger Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen,
JZ 1954, S. 312 - 314
- Müller-Freienfels Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht,
AcP Bd. 156, S. 522 - 543
- Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, I.Bd.,
Berlin 1899
- Neflin Schutz des gutgläubigen Verkehrs vor einem schädigenden Verhalten der hinter einer Kapitalgesellschaft stehenden Kräfte,
GmbH-Rundschau 1963, S. 41 - 46

- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz-
 Kommentar,
 27. Aufl., München 1968
- Pleyer Anmerkung zum BGH-Urteil vom 14.12.
 1959 - II ZR 187/57 - (= GmbH-Rund-
 schau 1960, S. 43 f),
 GmbH-Rundschau 1960, S. 44 - 45
- Rabel Das Recht des Warenkaufs,
 1. Bd., Berlin und Leipzig 1936
- Raiser, Thomas Adäquanztheorie und Haftung nach dem
 Schutzzweck der verletzten Norm,
 JZ 1963, S. 462 - 466
- Reinhardt Gedanken zum Identitätsproblem bei
 der Einmanngesellschaft,
 Festschrift für Heinrich Lehmann
 zum 80. Geburtstag,
 II. Bd., S. 576 - 593
- Reinicke, D. Ausfüllung von Gesetzeslücken durch
 den Bundesgerichtshof,
 Juristische Schulung 1964,
 S. 421 - 429
- Reinicke, G. und D. Die Auslegungsgrundsätze des Bundes-
 arbeitsgerichts,
 NJW 1955, S. 1380 - 1385 und
 1662 - 1666
- Reinicke, G. und D. Die Auslegungsgrundsätze des Bundes-
 gerichtshofs,
 NJW 1951, S. 681 - 685
- Reinicke, G. und D. Die Bedeutung des Wortlauts bei der
 Auslegung von Gesetzen nach der
 Rechtsprechung des Bundesgerichts-
 hofs,
 NJW 1952, S. 1033 - 1037
- Reinicke, G. und D. Die Bindung des Richters an ver-
 altete Gesetze,
 MDR 1957, S. 193 - 198
- Roxin Täterschaft und Tatherrschaft,
 2. Aufl., Hamburg 1967
- Roxin Zur Dogmatik der Teilnahmelehre
 im Strafrecht,
 JZ 1966, S. 293 - 299
- Schmalenbach Dynamische Bilanz,
 11. Aufl., Köln und Opladen 1953
- Schneider Anmerkung zum BGH-Urteil vom 14.12.
 1951 - 2 StR 368/51-(= GmbH-Rund-
 schau 1952, S. 42 Leitsatz)
 GmbH-Rundschau 1952, S. 42

- Schönke-Baur Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 7. Aufl., Karlsruhe 1963
- Schönke-Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl., München und Berlin 1967
- Schönle Nochmals: Zur Haftung bei einer Strohmann-GmbH, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 14.12.1959 - II ZR 187/57 - (= z.B. GmbH-Rundschau 1960, S. 43 f), GmbH-Rundschau 1960, S. 63 - 65
- Scholz Anmerkung zum Urteil des LG Kiel vom 24.3.1954 - 9 O 205/53 - (= NJW 1954, S. 1850 ff), NJW 1954, S. 1850
- Scholz Fortsetzung der aufgelösten GmbH, JZ 1952, S. 199 - 205
- Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5., mit Nachtrag versehene Aufl., Köln-Marienburg 1964
- Scholz-Fischer Klein-Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6., neubearbeitete Aufl., Köln 1962
- Serick Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin 1955
- Sidlo Anmerkung zum Urteil des LG Stuttgart v. 9.11.1951 - 11 O 20/St -, GmbH-Rundschau 1951, S. 187
- Siebert Einmann-GmbH und Strohmann-Gründung, Der Betriebsberater 1954, S. 417-419
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, I. Bd. (§§ 1 - 432), 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- Soergel-Siebert II. Bd. (§§ 433 - 853), 9. Aufl., Stuttgart 1962
- Staub Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1903
- Staub-Pinner Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., Zweiter Bd., verfaßt unter Mitarbeit von W. Schmidt, H. und A. Pinner, Berlin und Leipzig 1933

- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I. Bd., Allgemeiner Teil,
11. Aufl., Berlin 1957
- Staudinger II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 C (§§ 249 - 327),
10./11. neubearbeitete Aufl.,
Berlin 1967
- Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. 5. Legislaturperiode. -
IV. Session 1884. Dritter Bd. Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages Nr. 1 - 59, von S. 1 - 652,
Berlin 1884
- Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. 7. Legislaturperiode. -
IV. Session 1888/89. 4. Bd. Erster Anlagebd. Nr. 1 - 102 der amtlichen Drucksachen des Reichstages enthaltend. Von S. 1 - 544, Berlin 1889
- Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. 7. Legislaturperiode. -
IV. Session 1888/89. 5. Bd., Zweiter Anlagebd. Nr. 103 - 141 der amtlichen Drucksachen des Reichstages enthaltend. Von S. 545 - 1138,
Berlin 1889
- Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages. 8. Legislaturperiode. -
I. Session 1890/92. Fünfter Anlagebd. Von Nr. 570 - 669 der amtlichen Drucksachen des Reichstages enthaltend. Von S. 3215 - 3780 (S. 3715 ff), Berlin 1892
- Stoll Das Handeln auf eigene Gefahr,
Berlin und Tübingen 1961
- Sudhoff Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH,
4., überarbeitete Aufl., Köln 1966
- Teichmann-Kohler Aktiengesetz, Kommentar,
3., neubearbeitete Aufl.,
Heidelberg 1950
- Unger Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers (Zur Lehre von der Durchgriffshaftung),
Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1959, S. 33 - 39
- Viehweg Topik und Jurisprudenz,
3. Aufl., München 1965

- Vogel GmbH-Gesetz, Kommentar,
2., neu bearbeitete Aufl.,
Berlin und Frankfurt a.M. 1956
- Warneke Zur Frage der Überschuldung im
Sinne des § 83 Abs. 2 Satz 2 AktG,
Der Wirtschaftsprüfer 1949,
S. 33 - 35
- Weitnauer § 823 II BGB und die Schuldtheorie,
JZ 1963, S. 631 - 632
- Weiß-Hilger Handbuch der betrieblichen Alters-
versorgung,
begründet von Weiß, Bd. I, 4. Aufl.,
bearbeitet von Gerhardt, Henbeck,
Hilger, Höhne, Schauffler, Stark,
Weiß,
München 1962
- Welzel Anmerkung zum BGH-Urteil vom 1.10.
1953 - 4 StR 224/53 - (= JZ 1953,
S. 762 - 763),
JZ 1953, S. 763 - 764
- Welzel Das deutsche Strafrecht,
10. Aufl., Berlin 1967
- Welzel Teilnahme an unvorsätzlicher Hand-
lung?,
JZ 1954, S. 429 - 430
- Wiesner Der Konkurs der GmbH,
ArchBürgR Bd. 28, Berlin 1906,
S. 298 ff
- Wiethölter § 823 II BGB und die Schuldtheorie,
JZ 1963, S. 205 - 210
- Winkler § 64 Abs. 1 GmbHG als Schutzgesetz
für die Gesellschaftsgläubiger,
MDR 1958, S. 887 - 889
- Winkler Zum Schutzzumfang des § 64 Abs. 1
GmbH-Gesetz,
MDR 1960, S. 185 - 187
- Wolany Rechte und Pflichten des Gesellschaf-
ters einer GmbH,
Köln 1964
- Wolff Verwaltungsrecht I,
7., neu bearbeitete Aufl.,
München 1968
- Wüst Gläubigerschutz bei der GmbH,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1966

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines deutsches Handelsge- setzbuch
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft oder Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
a.M.	allgemeine Meinung
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen
BStBl.	Bundessteuerblatt
DB	Der Betrieb
DR	Deutsches Recht
DRanz	Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger
G	Gesetz
GA	Goldhammers Archiv für Strafrecht
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haf- tung

GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Rdsch	Rundschau für GmbH oder GmbH-Rundschau
Großkomm.	Großkommentar
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
iVm	in Verbindung mit
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KVStG	Kapitalverkehrssteuergesetz
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LöschG	Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften
LZ	Leipziger Zeitung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
pr.	preußisch
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
sogen.	sogenannte
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
Sten.Ber.	Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem
VO	Verordnung
WarnRspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- recht und Konkursrecht
Ziff.	Ziffer

Einleitung

Das Durchgriffsproblem, also die Frage, ob die juristische Person und ihre Gesellschafter in bestimmten Fällen als rechtlich identisch zu behandeln sind, ist in der Literatur schon oft erörtert ¹⁾, aber erst teilweise gelöst worden. Bei der Unterschiedlichkeit der Fälle hat sich die Diskussion in letzter Zeit Einzelproblemen aus diesem Fragenbereich zugewandt. Eine spezielle Frage, die erst kürzlich in einer Abhandlung unter dem Gesichtspunkt des "Durchgriffs" behandelt wurde, ist die der Unterkapitalisierung einer GmbH ²⁾. Der Verfasser stellt abschließend fest, daß es bedenklich sei, die unterkapitalisierte GmbH bei dem derzeit geltenden Haftungssystem mit dem "Durchgriff" in Verbindung zu bringen; die Probleme seien vielmehr nach § 826 BGB zu lösen ³⁾.

Der Verfasser der vorliegenden Arbeit hat sich das Ziel gesetzt, durch die Untersuchung einer Einzelfrage, deren teleologischer und praktischer Zusammenhang mit der Unterkapitalisierung einer GmbH bisher nicht genügend beachtet worden ist, zur Lösung der Haftungsfragen bei der Unterkapitalisierung einer GmbH beizutragen.

Gegenstand der Arbeit ist die Untersuchung, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Geschäftsführer und die Gesellschafter einer GmbH und Dritte nach §§ 823 Abs.2, 830 BGB den Gläubigern der GmbH zum Schadensersatz verpflichtet sind, wenn im Falle der Über-

-
- 1) vgl. zum Beispiel: Caflisch, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Rechte der Aktiengesellschaft; Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften; Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen.
 - 2) Hofmann, Zum "Durchgriffs"-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, S. 1941-1946.
 - 3) a.a.O., S. 1946.

schuldung der GmbH die in § 64 Abs. 1 GmbHG statuierte Konkursantragspflicht verletzt wird und die Gläubiger dadurch einen Schaden erleiden (1. und 2. Teil der Arbeit). Sodann wird die Bedeutung der Unterkapitalisierung einer GmbH im geltenden Recht unter besonderer Berücksichtigung der im 1. und 2. Teil der Arbeit gewonnenen Ergebnisse erörtert (3. bis 5. Teil der Arbeit).

1. Teil: Die Haftung der Geschäftsführer nach
§ 823 Abs. 2 BGB

§ 64 Abs. 1 GmbHG verpflichtet die Geschäftsführer, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die Eröffnung des Konkursverfahrens oder die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen. Die gleiche Pflicht haben sie, wenn sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt, daß das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt. Der Antrag ist nicht schuldhaft verzögert, wenn die Geschäftsführer die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes betreiben. Die gleiche Pflicht ergibt sich aus § 71 Abs. 2 iVm § 64 Abs. 1 GmbHG für die Liquidatoren ¹⁾. Verletzen die Geschäftsführer diese Pflicht schuldhaft, so sind sie mit Gefängnis und Geldstrafe, bei mildernden Umständen mit Geldstrafe zu bestrafen (§ 84 GmbHG).

1) Das, was im folgenden Text für die Geschäftsführer gesagt wird, gilt deshalb entsprechend für die Liquidatoren, auch wenn diese nicht ausdrücklich miterwähnt werden.

Die Geschäftsführer sind den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der aus der schuldhaften Verletzung der Konkursantragspflicht den Gläubigern entsteht, wenn und soweit die §§ 64 Abs. 1; 71 Abs. 2 iVm 64 Abs. 1 und 84 GmbHG den Schutz der Gläubigerinteressen bezwecken (§ 823 Abs. 2 BGB). Schutzwirkung und Schutzzweck können bei dem Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit anders sein als bei dem Konkursgrund der Überschuldung. Die vorliegende Arbeit behandelt nur den Fall der Überschuldung einer GmbH.

A: Der Schutzzweck der Konkursantragspflicht bei
Überschuldung des Gesellschaftsvermögens

Die objektive Schutzwirkung der Konkursantragspflicht zugunsten der Gläubiger und Dritter kann im Einzelfall sehr weit gehen. Im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB kommt es aber auf die objektive Schutzwirkung nicht an. Denn die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB setzt voraus, daß der Schutz der Konkursantragspflicht bei Überschuldung nicht nur der Allgemeinheit dient, sondern daß sie, wenn auch in Verbindung mit anderen Zwecken, den Schutz der Interessen einer individuell bestimmten natürlichen oder juristischen Person oder einer Mehrheit einzelner Personen bezweckt ¹⁾.

1) H.M., siehe zum Beispiel BGHZ 12, 146 (148); 29, 100 (102); Erman-Drees, § 823 Anm. 12 a.

I: Der Schutz der Altgläubiger ¹⁾

§ 1 Der personelle Schutzbereich

Schon das Reichsgericht ²⁾ und ihm folgend der Bundesgerichtshof ³⁾ haben in ständiger Rechtsprechung die Ansicht vertreten, § 64 Abs. 1 GmbHG sei ein Schutzgesetz zugunsten der Altgläubiger. Bei Überschuldung der Gesellschaft soll das Interesse der Gläubiger an gleichmäßiger und möglichst voller Befriedigung durch die Eröffnung des Konkursverfahrens geschützt werden. Das Schrifttum ist der Rechtsprechung überwiegend gefolgt ⁴⁾. Die Frage ist ausgetragen. Sie bedarf keiner weiteren Erörterung.

§ 2 Der sachliche Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich der Konkursantragspflicht findet seine Begrenzung im Schutzzweck, den diese Pflicht beim Konkursgrund der Überschuldung hat. Dieser geht dahin, die Altgläubiger vor der Gefahr unvollständiger Befriedigung ihrer Forderungen zu schützen. Die besondere

1) Altgläubiger ist jeder, der im Zeitpunkt der Konkursöffnung Gläubiger der Gesellschaft ist; gleichgültig ist, ob seine Forderung auf Rechtsgeschäft oder außerrechtsgeschäftlichem Grund (z.B. unerlaubter Handlung, Gefährdung, Aufopferung) beruht. Dabei ist der Fall zugrundegelegt, in dem die Geschäftsführer ihrer Konkursantragspflicht bei Überschuldung ordnungsgemäß nachgekommen sind - ohne von der Möglichkeit des Vergleichsantrags Gebrauch zu machen - und der Konkursrichter daraufhin das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen ordnungsgemäß eröffnet hat. Der Bundesgerichtshof versteht (m.E. etwas ungenau) unter Altgläubigern die Personen, die bei Eintritt der Voraussetzungen des § 64 Abs. 1 GmbHG schon Gläubiger der Gesellschaft waren. Vgl. BGHZ 29,100(104) = WM 1959, Seite 268 links Mitte. Der Schutz der Norm wird aber erst mit Verfahrenseröffnung wirksam.

2) RGZ 73,30(35); RG, JW 1935, Seite 3301 Nr.1 für die damals gleichlautende Bestimmung des § 240 Abs. 2 HGB betr. die AG.

3) BGHZ 29,100(103) = WM 1959, Seite 267 f.

4) Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1) C; Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 21; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 12 Abs.2; Scholz, § 64 Anm. 13; Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, S.27 unten und 28 oben; a.A. Brodmann, § 64 Anm. 1 a; Vogel, § 64 Anm. 4 (S.316).

Gefährdung der Gläubiger einer GmbH ergibt sich aus der beschränkten Haftung der Gesellschafter. Die Pflicht, bei Überschuldung die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen, hat der Gesetzgeber nur den vertretungsberechtigten Organen juristischer Personen auferlegt ¹⁾, deren Gläubigern nur das Vermögen der juristischen Personen, nicht das ihrer Mitglieder haftet. Bei natürlichen Personen oder bei Personenzusammenschlüssen, bei denen mindestens ein Mitglied unbeschränkt auch mit seinem Privatvermögen haftet, kennt unsere Rechtsordnung keine solche Konkursantragspflicht, nicht einmal den Konkursgrund der Überschuldung ²⁾. Daraus folgt, was heute allgemein anerkannt ist ³⁾, daß die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH deren Altgläubiger vor weiterem Verfall des Gesellschaftsvermögens schützen soll.

II: Der Schutz der Neugläubiger ⁴⁾

Nicht nur die Interessen der Altgläubiger, sondern auch die Belange der Neugläubiger werden durch die Konkursantragspflicht bei Überschuldung berührt.

§ 1 Der personelle Schutzbereich ⁵⁾

Die Rechtsprechung hat lange nicht einheitlich auf die Frage geantwortet, ob die Konkursantragspflicht bei Über-

- 1) und zum Beispiel auch beim Nachlaß: § 1980 BGB.
- 2) eine Ausnahme bildet die Kommanditgesellschaft auf Aktien, § 209 Abs. 1 Satz 2 KO.
- 3) vgl. die Anm. 4 auf S. 4.
- 4) Im Gegensatz zum Altgläubiger (siehe dazu S. 4, Anm. 1) ist Neugläubiger jeder, der - unter sonst gleichen Voraussetzungen (siehe dazu in der angegebenen Anmerkung) - im Zeitpunkt der unterstellten Konkurseröffnung noch nicht Gläubiger der Gesellschaft gewesen wäre. Ein Gläubiger der GmbH kann in diesem Sinne also mit einem Teil seiner Forderungen Altgläubiger, mit dem Rest Neugläubiger sein.
- 5) Man muß sich bewußt sein, daß eine scharfe Trennung der Fragen nach dem personellen und sachlichen Schutzbereich einer Norm nicht möglich ist. Beide Bereiche werden durch den Zweck der Norm abgesteckt.

schuldung auch ein Schutzgesetz zugunsten der Neugläubiger ist ¹⁾. Seit dem grundlegenden Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 16.12.1958 ²⁾ ist auch diese Frage ausreichend erörtert. Sie ist zu bejahen.

§ 2 Der sachliche Schutzbereich ³⁾

Eingehend geprüft werden muß jedoch, welche Interessen der Neugläubiger vom Schutzzweck der Konkursantragspflicht bei Überschuldung erfaßt werden. Diese Untersuchung ist erforderlich, weil nach § 823 Abs. 2 BGB nur Ersatz des Schadens verlangt werden kann, der im Rahmen der durch das Gesetz geschützten Interessen liegt ⁴⁾, und weil die Begründung des genannten Urteils insoweit Zweifel an ihrer Richtigkeit aufkommen läßt.

Die folgende Untersuchung wird unter zwei Gesichtspunkten vorgenommen: 1) Schutz gegen weiteren Vermögensverfall und 2) Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit überschuldeten Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die erste Frage ist unproblematisch, die zweite bildet den ersten Schwerpunkt dieser Arbeit.

1. Der Schutz gegen weiteren Verfall des Gesellschaftsvermögens

Fallen die Neugläubiger im Konkursverfahren, das nach Entstehung ihrer Ansprüche eingeleitet worden ist, mit ihren Forderungen aus, so kann die Höhe ihrer Einbuße davon beeinflusst sein, daß der Geschäftsführer die Konkurs-

1) siehe z.B. LG Kiel, NJW 1954, S. 1850 mit insoweit ablehnender Anmerkung von Scholz (daselbst); LG Hamburg, GmbH-Rdschau 1958, S. 112.

2) BGHZ 29, 100 (104) = NJW 1959, S. 623 = WM 1959, S. 267.

3) Siehe dazu S. 5 Anm. 5.

4) Vgl. dazu im einzelnen S. 3 und die hier folgenden Seiten.

eröffnung trotz Überschuldung der Gesellschaft schuldhaft nicht rechtzeitig beantragt hat und dadurch das Gesellschaftsvermögen, das der Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zu dienen bestimmt ist, vermindert worden ist. Dieses Interesse der Neugläubiger an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens deckt sich mit dem entsprechenden Interesse der Altgläubiger, das noch vorhandene Gesellschaftsvermögen zu binden und zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger zu verwerten. Insoweit schützt die Konkursantragspflicht bei Überschuldung die Neugläubiger ebenso wie die Altgläubiger ¹⁾.

Das gilt auch für Neugläubiger, deren Ansprüche nicht durch Rechtsgeschäft, sondern aus unerlaubter Handlung, Gefährdungshaftung und Aufopferung begründet sind.

2. Der Schutz Dritter im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit einer überschuldeten GmbH

Es ist aber weiter zu fragen: Soll die Konkursantragspflicht bei Überschuldung auch Dritte, deren Forderungen gegen die Gesellschaft durch Rechtsgeschäft entstehen, davor schützen, mit einer überschuldeten GmbH in Geschäftsverbindung zu treten? Mit anderen Worten: Bezweckt diese Pflicht den Schutz Dritter davor, einer GmbH Kredit in einem Zeitpunkt zu geben, in dem das Vermögen der Gesellschaft keine volle Befriedigung mehr gewährleistet?

a. Die Meinung des Bundesgerichtshofes und des Schrifttums

Dem BGH-Urteil ²⁾ lag folgender Fall zugrunde: Ein Neugläubiger einer GmbH begehrte Ersatz des Schadens, der

1) Das ist nach BGHZ 29,100 nicht mehr bestritten.

2) BGHZ 29,100 = WM 1959, S.267 = NJW 1959, S. 623.

ihm dadurch entstanden war, daß er mit der GmbH überhaupt noch Kaufverträge abgeschlossen, ihr Waren geliefert und den Kaufpreis kreditiert hatte. Er wollte von dem Geschäftsführer so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn dieser pflichtgemäß den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens wegen Überschuldung gestellt und das Konkursgericht daraufhin das Verfahren eröffnet hätte. Er hätte dann, so trug er vor, mit der GmbH keine weiteren Geschäfte abgeschlossen und ihr keinen Kredit gewährt. Im Wege abstrakter Schadensberechnung (§ 252 BGB) verlangte er Zahlung des Kaufpreises, da feststand, daß er mit seinen Forderungen im Konkurs voll ausfallen werde.

Der VI. Senat hat die Klage abgewiesen. Er hat die Ansicht vertreten, die Neugläubiger sollten durch die Konkursantragspflicht bei Überschuldung nur in ihrem Interesse an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens, das im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung vorhanden sei, und seiner Verwertung zum Zwecke gleichmäßiger Befriedigung der Gläubiger geschützt werden. Das Schrifttum ist dieser Ansicht weitgehend gefolgt ¹⁾. Der Senat hat diese Rechtsprechung aufrechterhalten ²⁾.

1) Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1) C.; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 12 Abs. 2; Scholz § 64 Anm. 13 Abs. 2; Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, S. 27, 28, für die entsprechende aktienrechtliche Vorschrift Baumbach - A. und G. Hueck, § 92 Anm. 7; Gadow-Schilling, Großkomm. AktG, 2. Aufl., § 84 Anm. 66; a.A. Lambsdorff und Gilles, Zur Haftung der GmbH-Geschäftsführer bei unterlassenem oder verzögertem Konkursantrag, NJW 1966, S. 1551 (1552); Winkler, Zum Schutzzumfang des § 64 Abs. 1 GmbHG, MDR 1960, S. 185 - 187; aus dem älteren Schrifttum trat für einen weitergehenden Schutz der Neugläubiger bei der entsprechenden aktienrechtlichen Vorschrift Weipert ein, Gadow u.a., 1939, § 84 Anm. 66; kritisch gegenüber der h.M. auch Medicus, § 24 II 3 (S. 247).

2) Urteil vom 2.2.1960, WM 1960, S. 641 - 642 und Urteil vom 4.7.1961, WM 1961, S. 1103 ff (1106); siehe auch das Urteil des III. Zivilsenats vom 22.1.1962 = WM 1962, S. 527.

(1) Die Begründung durch den Bundesgerichtshof

Zunächst untersucht der Senat die Frage, ob überhaupt die Neugläubiger geschützt werden sollen. Nachdem er diese Frage bejaht hat, prüft er den Umfang dieses Schutzes.

Zur ersten Frage führt der Senat aus, die Verpflichtung der Geschäftsführer, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen, bestehe auch nach dem Eintritt der Voraussetzungen des § 64 Abs. 1 GmbHG so lange fort, wie die Gesellschaft überschuldet sei. Diese "fortdauernde" Antragspflicht bestehe deshalb nicht nur gegenüber Gläubigern, deren Forderungen schon in dem Zeitpunkt bestanden hätten, in dem die Verzögerung des Antrags begonnen habe, sondern auch gegenüber demjenigen, der nach diesem Zeitpunkt die Stellung eines Gesellschaftsgläubigers erwerbe. Er sei in seiner Eigenschaft als "nunmehriger" Gläubiger der GmbH in gleicher Weise wie die Altgläubiger gegen die "weitere" Verletzung des § 64 Abs. 1 GmbHG geschützt.

Der Senat prüft dann, ob als Schadensersatz der volle Kaufpreis für die Waren verlangt werden könne, die nach dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Konkurseröffnung hätte gestellt werden müssen ¹⁾, geliefert worden seien. Im Ergebnis durch seine Begründung zur Beantwortung der ersten Frage festgelegt, verneint der Senat einen so weiten Interessenschutz und beschränkt sich darauf nachzuweisen, daß nichts zwingend gegen dieses Ergebnis spreche. Das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit eines anderen genieße im Geschäfts- und Wirtschaftsleben "in der Regel" nur den Schutz durch § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB. Dem Gesetz

1) Zur Frage des genauen Zeitpunktes vgl. die oben vertretene, abweichende Meinung, siehe S. 4 Anm. 1.

sei nicht zu entnehmen, daß für den geschäftlichen Verkehr mit einer GmbH etwas anderes gelten solle. Zwar bestehe ein Bedürfnis nach einem Schutz der Gläubiger, da es sich bei der GmbH um eine Rechtsperson handle, deren Gesellschafter nicht mit ihrem ganzen Vermögen für die Schulden hafteten. Wie sich aus den Motiven ergebe, habe aber der Gesetzgeber dies nur zum Anlaß genommen anzuordnen, daß der Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft nicht nur bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, sondern auch im Falle der Überschuldung zu eröffnen sei.

(2) Die Bedenken gegen diese Begründung

Die Bedenken gegen dieses Urteil setzen bei der Begründung ein, die Konkursantragspflicht bezwecke nicht nur den Schutz der Altgläubiger, sondern auch den der Neugläubiger. Der Senat geht dabei von der Überlegung aus, daß die Konkursantragspflicht nur die Personen schützen will, gegenüber denen sie besteht. Hiergegen ist nichts einzuwenden, wenn dieser Personenkreis gerade diejenigen umfaßt, deren Interessen durch die Antragspflicht geschützt werden sollen, und wenn die Pflicht ihnen gegenüber erst dort begrenzt wird, wo der Schutz ihrer Interessen nicht mehr gewollt ist.

Der Senat führt zutreffend aus, die Antragspflicht bestehe den Altgläubigern gegenüber. Ihr Interesse an der Erhaltung eines Gesellschaftsvermögens, das ihre Forderungen zwar nicht mehr ganz, aber doch fast deckt ¹⁾, soll durch diese Pflicht bei Überschuldung geschützt werden ²⁾.

1) zumindest im theoretischen Ansatz; in der Praxis ist das häufig selbst dann nicht der Fall, wenn der Konkursantrag nicht verschleppt wurde; der Grund liegt in der im voraus nie ganz zu überschendenden Wertminderung, die infolge der Konkurseröffnung eintritt; vgl. dazu auch unten S. 40 ff.

2) vgl. dazu oben S. 4.

Bei der Frage, ob auch die Neugläubiger durch diese Antragspflicht geschützt werden sollen, läßt sich der Senat durch das Ergebnis, das er für die Altgläubiger gewonnen hat, von der Vorstellung leiten, die Konkursantragspflicht bei Überschuldung bestehe nur Gesellschaftsgläubigern gegenüber. Deshalb entsteht sie nach Ansicht des Senats für Neugläubiger - erst ¹⁾ in dem Zeitpunkt, in dem sie ihre Gläubigerstellung erworben haben. Sie seien als "nunmehrige" Gläubiger gegen "weitere" Verletzungen der Antragspflicht geschützt. Diese Begründung ist nicht ungefährlich. Sie könnte zu dem Schluß verleiten, die Neugläubiger seien nur in ihrem Erhaltungsinteresse geschützt ²⁾.

Der Senat zieht diese Folgerung jedoch nicht, wenn er anschließend feststellt, daß damit nicht die zweite Frage entschieden sei, wie weit der Schutz zugunsten der Neugläubiger reiche. Diese Untersuchung, die allein die Entscheidung trägt, belastet er aber damit, daß ihr Ergebnis nicht der Begründung zur ersten Frage, ob die Neugläubiger überhaupt geschützt werden, widersprechen darf.

(3) Die zwei tragenden Argumente des Bundesgerichtshofs

Seine Ansicht, das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und Kreditwürdigkeit einer GmbH werde wie bei einem Einzelkaufmann und einer offenen Handelsgesellschaft nur durch § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB geschützt, begründet der Senat durch folgende Feststellungen: 1) die Motive zeigten, daß der Gesetzgeber wegen der beschränkten Haftung der Gesellschafter für die Gesell-

1) Hervorhebung vom Verfasser.

2) vgl. hierzu auch die Kritik bei Lamsdorff und Gilles, Zur Haftung der GmbH-Geschäftsführer bei unterlassenem oder verzögertem Konkursantrag, NJW 1966, 1551 rechts.

schaftsschulden nur angeordnet habe, daß der Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft nicht nur bei Zahlungsunfähigkeit, sondern auch bei Überschuldung zu eröffnen sei, und 2) dem Gesetz sei nicht zu entnehmen, daß für die Gläubiger einer GmbH etwas anderes gelte als für solche eines Einzelkaufmanns oder einer offenen Handelsgesellschaft.

b. Die eigene Ansicht, zugleich Kritik an der herrschenden Meinung

Die im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB erforderliche Feststellung des Schutzzwecks einer Norm stellt Rechtsprechung und Lehre auch in anderen Fällen vor Schwierigkeiten ¹⁾. Wie diese Schwierigkeiten zu meistern sind, wie also der Richter bei der Auffindung des Normzwecks vorzugehen hat, ist eine Frage der Gesetzesauslegung ²⁾. Es ist hier nicht der Ort, die verschiedenen Methoden der Gesetzesauslegung darzulegen und zu würdigen. Wir folgen der Methode der wertenden Jurisprudenz, die auch von der Rechtsprechung der Zivilgerichte angewendet wird und sich bewährt ³⁾.

-
- 1) Siehe hierzu Knöpfle, Zur Problematik einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, S. 697 ff mit Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes.
 - 2) So wohl auch Knöpfle, der den besonderen Schwierigkeiten im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB durch topische Überlegungen beizukommen versucht; vgl. dazu seine Kriterienzusammenstellung, a.a.O., S. 700; zum topischen Denken in der Jurisprudenz vgl. Viehweg, Topik und Jurisprudenz.
 - 3) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 47 ff und 123 ff; G. und D. Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts (I), NJW 1955, S. 1380 ff und (II), a.a.O., S. 1662 ff; dieselben, Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs, NJW 1951, S. 681 ff; D. Reinicke, Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, Juristische Schulung 1964, S. 421 ff.

Der Senat hat recht, daß für die Frage, inwieweit die Konkursantragspflicht bei Überschuldung die Interessen der Neugläubiger schützen soll, nichts allein daraus hergeleitet werden kann, daß der Gesetzgeber die Überschuldung als Konkursgrund anerkannt hat. Entscheidend ist vielmehr, weshalb die Geschäftsführer verpflichtet sind, den Konkursantrag zu stellen, wenn Überschuldung eingetreten ist.

(1) Die Auswertung der Materialien zum GmbHG

Der Gesetzgeber war sich bewußt, daß er wegen der beschränkten Haftung der Gesellschafter einer GmbH dem „.. mit den Gesellschaften verkehrenden Publikum ..“ ausreichend Schutz gewähren mußte ¹⁾. Dem dienen vor allem die Bestimmungen über die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals, die Anerkennung der Überschuldung als Konkursgrund und die Verpflichtung der Geschäftsführer, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen ²⁾.

Der Ausschuß des Deutschen Handelstages hatte die von dem Ältesten-Kollegium der Berliner Kaufmannschaft entworfenen „Grundzüge für die Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit“ ³⁾ angenommen, in deren Ziff. 12 Abs. 1 die Konkursantragspflicht geregelt ist. In Absatz 2 daselbst heißt es mit Bezug auf Absatz 1: „Wer dieser Vorschrift schuldbar zuwiderhandelt, haftet den Gesellschaftsgläubigern persönlich für jeden Ausfall an ihren Forderungen.“ ⁴⁾ In seinem Gutachten führt der Ausschuß hierzu aus: „Das kapitalistische Moment der neuen Gesellschaftsform macht endlich die Vorschrift nöthig,

1) Sten.Ber., 8.Legisl., I. Sess., 1890/92, 5. Anlageband, Anlage Nr. 660, S. 3728 oben rechts.

2) Sten.Ber., a.a.O., S. 3760 rechts Mitte.

3) Sten.Ber., a.a.O., Anlage A, S. 3761 ff.

4) Sten.Ber., a.a.O., Anlage A (Anlage), S. 3766 links.

daß im Falle der Zahlungseinstellung oder Vermögensunzulänglichkeit die Eröffnung des Konkurses zu beantragen ist. Die Erfüllung dieser Pflicht ist durch die Rechtsfolgen, daß der Zuwiderhandelnde mit seinem gesamten Vermögen in die Haftung für die Gesellschaftsschulden eintritt, sicherzustellen." ¹⁾

Nur solange der Wert der Verbindlichkeiten den Wert der Aktiva nicht ²⁾ übersteigt, ist nach der generalisierenden Betrachtungsweise der Ausschußmitglieder die volle Befriedigung der Forderungen gegen die GmbH ausreichend gesichert. Das trifft nicht mehr zu, wenn einer GmbH noch Kredit gewährt wird, obwohl sie bereits überschuldet ist. Geschieht das, weil die Überschuldung noch nicht durch die Konkursöffnung aufgedeckt ist, und trägt die Schuld daran derjenige, der die Eröffnung des Verfahrens zu beantragen verpflichtet ist, dann soll er dem Kreditgeber mit seinem gesamten Vermögen haften. Diese Regelung spricht dafür, daß der Zweck der Konkursantragspflicht nicht auf den Schutz beschränkt werden sollte, den Neugläubigern ein Gesellschaftsvermögen zu erhalten, das im Zeitpunkt der Kreditgewährung zwar noch vorhanden ist, aber zur vollen Befriedigung nicht ausreicht. Vielmehr liegt danach im bezweckten Schutzbereich auch das Interesse der Neugläubiger, so gestellt zu werden, wie sie stehen würden, wenn die Konkursöffnung pflichtgemäß beantragt worden wäre. Seine Grenze findet dieser Schutz des negativen Interesses im Erfüllungsinteresse. Mehr ³⁾ sollte erkennbar durch die Konkursan-

1) Sten.Ber., a.a.O., Anlage A, S. 3765 links oben.

2) Theoretisch ist Überschuldung schon anzunehmen, wenn der Wert der Verbindlichkeiten den Wert der Aktiva um nur 1 DM oder noch weniger übersteigt; in der Praxis sind die Grenzen wegen der Schwierigkeiten bei der Bewertung der Güter und Verbindlichkeiten sehr flüchtig, vgl. dazu im einzelnen unten S.41 ff.

3) Der Geschädigte macht z.B. geltend, er hätte im Falle ordnungsmäßiger Konkursöffnung statt mit der GmbH mit einem Dritten ein günstigeres Geschäft abgeschlossen.

tragspflicht nicht erreicht werden.

Der Gesetzgeber hat die Erfüllung der Konkursantragspflicht der Geschäftsführer und Liquidatoren anders gesichert. In der amtlichen Begründung heißt es zu § 81 des Entwurfs (= § 84 GmbHG): "Jede Verletzung dieser Pflicht enthält eine schwere Gefährdung der Gläubiger und wird deshalb im § 81 unter Strafe gestellt." ¹⁾ Ob der Gesetzgeber damit weniger erreichen wollte als das Ältesten-Kollegium der Berliner Kaufmannschaft und die Ausschußmitglieder des Deutschen Handelstages, ist daraus nicht zu erkennen ²⁾. Die amtliche Begründung läßt vielmehr den Schluß zu, daß ein Grund für diese Abweichung die Anlehnung an bereits bestehende Vorschriften im Aktienrecht und Genossenschaftsgesetz gewesen ist ³⁾.

Die Vorschrift, die die Kaufmannschaft vorgeschlagen hatte, war jedenfalls für eine Erwerbsgesellschaft, bei der der Gläubigerschutz besonders wichtig ist, auch wenig geeignet, die mit ihr verfolgten Ziele zu erreichen ⁴⁾.

- 1) Sten.Ber., 8.Legisl., I.Sess., 1890/92, 5. Anlageband, Nr. 660, S. 3760 rechts zu §§ 79 bis 81.
- 2) Zwar hat der Gesetzgeber bei Schaffung des GmbHG neben der Strafvorschrift auf die Anordnung einer Ausfallhaftung der Geschäftsführer verzichtet. Die Frage ist aber, ob er damit auch den Interessenschutz der Neugläubiger verneint hat; denn hiervon hat der Gesetzgeber später, bei der Schaffung des BGB, den Schadensersatz nach dem generalklauselartigen § 823 Abs. 2 BGB abhängig gemacht. Winkler, Zum Schutzzumfang des § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz, Monatsschrift für deutsches Recht, 1960, S.185(186) kommt zu dem Ergebnis, daß die Materialien zum GmbHG für einen weiten Schutzzweck der Norm sprechen.
- 3) Sten.Ber., 8.Legisl., I.Sess., 1890/92, 5. Anlageband, Anlage Nr. 660, S. 3756 rechts zu §§ 63, 64.
- 4) Allerdings hat der Gesetzgeber im Vereinsrecht eine solche Regel für ausreichend angesehen (§ 42 Abs. 2 Satz 2 BGB). Wegen § 22 BGB gilt dies aber praktisch nur für nichtwirtschaftliche Vereine, deren Gläubiger der Gesetzgeber im Verhältnis zu denen einer AG, GmbH oder eingetragenen Genossenschaft auch sonst weniger geschützt hat. Vgl. hierzu z.B. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, § 16 I b (S. 183 oben); im übrigen vgl. zu § 42 Abs. 2 BGB unten auf S.34 ff.

Einerseits ist es zweifelhaft, ob die Anordnung der persönlichen Haftung für die Gesellschaftsschulden den gleichen psychologischen Zwang auf die Geschäftsführer auszuüben geeignet ist wie die Androhung einer Kriminalstrafe. In welcher Höhe die Geschäftsführer bei Verletzung ihrer Konkursantragspflicht überhaupt in Anspruch genommen werden, ist nie genau vorauszusehen und verleitet zu unberechtigtem geschäftlichen Optimismus und dazu, die Haftungsfolge nicht ernst zu nehmen. Dies gilt vor allem für Geschäftsführer, die außer ihrem Geschäftsführergehalt keine Einnahmen und deshalb in der Regel auch kein Vermögen haben, die also bei einer Pflichtverletzung nicht viel riskieren. Bei ihnen besteht auch die Gefahr, daß sie, um ihre Geschäftsführerstellung zu halten, den Konkurs hinauszögern. Andererseits ist gerade bei diesen Geschäftsführern wegen ihrer Vermögenslosigkeit eine volle Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht gewährleistet. So erweist sich die in Ziff. 12 Abs. 2 der "Grundzüge" vorgeschlagene Sanktion ausgerechnet in den Fällen als schwach, in denen sie besonders wirksam sein müßte. Die Geschäftsführer werden auch leichter einem Druck der Gesellschafter, den Antrag auf Konkurseröffnung hinauszuschieben, nachgeben, wenn die Gesellschafter ihnen zusagen, sie im Haftungsfall freizustellen.

All diese Gefahren bestehen bei der Androhung einer Kriminalstrafe nicht. Die in § 84 GmbHG vorgesehene Kriminalstrafe ist in ihrer Schwere innerhalb des Strafrahmens sicher voraussehbar und trifft auch den Vermögenslosen.

Es sprechen also gute Gründe dafür, daß der amtliche Entwurf dem Vorschlag der Kaufmannschaft nicht gefolgt ist. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß der Gesetzgeber damit auch den Zweck abgelehnt hätte, alle Gläubiger zu schützen: Die Altgläubiger durch Bindung des Gesellschaftsvermögens in dem Moment, in dem die Verbindlichkeiten nicht mehr aus dem Aktivvermögen beglichen werden

können und die Hoffnung, die Vermögenslage der Gesellschaft werde sich wieder verbessern, nicht mehr realistisch ist; die Neugläubiger durch die Aufdeckung der Überschuldung, die sie bewahrt, da Kredit zu gewähren, wo der Ausfall zu erwarten ist ¹⁾.

(2) Die Entstehungsgeschichte der Konkursantragspflicht im Aktienrecht und im Genossenschaftsrecht

Da der Gesetzgeber des GmbH-Gesetzes sich an entsprechende Vorschriften im Aktienrecht und Genossenschaftsrecht gehalten hat, ist zu prüfen, ob sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Gesetze Anhaltspunkte bieten, die bei der Lösung der Frage berücksichtigt werden müssen.

Bereits nach Art. 240 Abs. 3 ADHGB ²⁾ hatte der Vorstand einer Aktiengesellschaft die Pflicht, die Überschuldung dem Gericht zwecks Eröffnung des Konkursverfahrens anzuzeigen. Diese Bestimmung ist aus Art. 198 des preußischen Entwurfs ³⁾ hervorgegangen. Nach dessen Absatz 1 hatte der Vorstand unverzüglich öffentlich bekannt zu machen, daß sich das "Grundkapital um die Hälfte vermindert" hat, wenn sich dies aus der letzten Bilanz ergibt. Nach Art. 198 Abs. 2 mußte die Regierung in solchem Fall die Bücher einsehen und konnte nach "Befinden der Umstände" die Auflösung der Gesellschaft anordnen ⁴⁾. Bei Verletzung dieser Pflicht sollten die Vorsteher per-

1) Zu diesem Ergebnis kommt auch Winkler, Zum Schutzzumfang des § 64 Abs. 1 GmbHG, MDR 1960, S. 185 (186).

2) Lutz, Protokolle, Beilagenband, II.Theil, S.46 und III.Theil, S. 1, pr. Entwurf des Gesetzes vom 24.6.1861.

3) Lutz, a.a.O., I.Theil, S.37.

4) Lutz, a.a.O., I.Theil, S.37.

sönlich für den dadurch entstandenen Schaden haften ¹⁾. Als die Nürnberger Konferenz die Vorarbeiten zum ADHGB in Angriff nahm, ging sie u.a. von diesem Art. 198 des preußischen Entwurfs aus.

Soweit hier von Interesse, wurden folgende Gründe für eine Änderung dieser Bestimmung vorgebracht ²⁾. Die Pflicht des Vorstandes, jede Vermögensminderung, die dem Verlust der Hälfte des Grundkapitals entspricht, öffentlich bekannt zu machen, wurde von einigen Mitgliedern der Kommission beanstandet. Sie sei für die Gesellschafter unnötig hart, insbesondere, wenn eine Auflösung der Gesellschaft nicht überall für notwendig erklärt sei. Die Veröffentlichung vernichte den Kredit, obwohl eine solche Gesellschaft möglicherweise recht gut fortbestehen könne und dies vielleicht von allen Beteiligten gewünscht sei. Um diese Nachteile zu vermeiden, reiche es aus, eine Generalversammlung einzuberufen und den Vermögensverlust der Regierung anzuzeigen.

Andere Mitglieder hielten es dagegen "bei Aktiengesellschaften, wo Niemand hafte", für angemessen, daß "das Publikum nicht in einer Täuschung darüber gehalten werde, ob das Vermögen, dem dasselbe kreditire, noch vorhanden oder schon zum großen Theile verschwunden sei" ³⁾.

Mit 8 gegen 7 Stimmen entschied die Kommission, die Pflicht des Vorstandes darauf zu beschränken, unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und ihr und der

1) Art. 199 Abs. 2 und 3 pr. Entwurf.

2) Vgl. zum Folgenden Lutz, Protokolle, I.Theil, S. 355, insbesondere S. 356.

3) Siehe Lutz, a.a.O., S. 356.

Regierung den Vermögensverlust anzuzeigen.

Bei der Aktiengesellschaft, bei der - wie bei der später geschaffenen GmbH - den Gesellschaftsgläubigern nur das Vermögen der Gesellschaft haftet, hatte die Kommission folgende Interessenkollision zu lösen: Auf der einen Seite das Interesse der Gesellschafter, den Kredit ihrer Gesellschaft, deren Reinvermögen nicht mehr der Hälfte des Grundkapitals entspricht, nicht durch die öffentliche Bekanntmachung ihrer Vermögenslage zu zerstören und dadurch die Auflösung der Gesellschaft praktisch herbeizuführen. Dasselbe Interesse haben diejenigen, die in diesem Zeitpunkt bereits Gläubiger der Gesellschaft sind. Hinter dem Bestreben, den Kredit der Gesellschaft zu erhalten, steht das Interesse dieser Beteiligten, den hohen Wertverlust an materiellen (Anlage- und Umlaufvermögen) und immateriellen (Geschäftsverbindungen, Organisation, know how, good will) Gütern zu vermeiden, der mit einer Auflösung der Gesellschaft verbunden ist. Wegen dieses Wertverlustes können die Forderungen der Gläubiger in der Regel nur teilweise befriedigt werden; der Wert der Aktien fällt unter den Ausgabekurs und hat im Fall der Auflösung meistens den Verlust der Einlage zur Folge. Hinzu kommt das Allgemeininteresse, volkswirtschaftliche Werte zu erhalten. Auf der anderen Seite steht das Interesse Dritter, durch die öffentliche Bekanntmachung, das Reinvermögen der Gesellschaft entspreche nicht mehr der Hälfte des Grundkapitals, gewarnt zu werden, Aktien einer solchen Gesellschaft zu erwerben, ihr Kredit zu gewähren oder Vorleistungen zu erbringen. Im Zeitpunkt der Bekanntmachung mag das Vermögen der Gesellschaft rechnerisch noch ausreichen, alle Gläubiger zu befriedigen. Wegen der Gefahr weiteren Verlustes und der Auflösung ist eine volle Befriedigung der Forderungen in dem Zeitpunkt, in dem sie entstehen, jedenfalls unsicher.

Für den Fall, daß das Reinvermögen der Gesellschaft nicht mehr der Hälfte des Grundkapitals entspricht, die Auflösung der Gesellschaft aber noch nicht sicher ist, hat die Kommission mit knapper Mehrheit das Erhaltungsinteresse der Beteiligten vor das Schutzinteresse Dritter gestellt.

Die Redaktionskommission hat auf Grund dieser Beschlüsse ¹⁾ im Absatz 1 des Art. 217 des Entwurfs nach 1. Lesung den Vorstand verpflichtet, unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen, wenn sich das "Grundkapital um die Hälfte verringert" hat, und die Generalversammlung sowie die zuständige Verwaltungsbehörde davon zu unterrichten. Absatz 2 daselbst gibt der Verwaltungsbehörde das Recht, die Bücher einzusehen und die Gesellschaft aufzulösen.

Neu formulierte die Redaktionskommission, die zu derartigen Ergänzungen ermächtigt war, in einem Absatz 3 dieses Art. 217 die Pflicht des Vorstandes, dem Gericht zwecks Konkurseröffnung eine Anzeige zu machen, wenn das Vermögen der Gesellschaft die Schulden nicht mehr deckt.

Mit diesem Art. 217 des Entwurfs nach 1. Lesung ist es der Redaktionskommission gelungen, die in der Beratung vorgetragenen Gesichtspunkte zu verbinden, die für die Abschaffung und für die Beibehaltung der in Art. 198 des preußischen Entwurfs enthaltenen Pflicht sprechen, öffentlich bekannt zu machen, daß das Reinvermögen der Gesellschaft nicht mehr der Hälfte des Grundkapitals entspricht. Der Gesichtspunkt, der Kredit der Gesellschaft werde durch die öffentliche Bekanntmachung in einem Zeitpunkt zerstört, in dem noch nicht feststeht, ob die Gesellschaft aufgelöst werden muß, entfällt. Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens ist die Gesellschaft aufgelöst. Indem der Vorstand verpflichtet wird, die Überschuldung der Gesellschaft dem Gericht anzuzeigen, damit es den Konkurs eröffnet, wird der

1) Lutz, Protokolle, Beilagenband, I. Theil, S. 141.

Gesichtspunkt berücksichtigt, Dritte "bei der Aktiengesellschaft, wo Niemand hafte", nicht darüber zu täuschen, daß das Gesellschaftsvermögen keine ausreichende Haftungsgrundlage mehr bietet. Stellt das Gericht die Überschuldung fest, so eröffnet es Konkurs ¹⁾. Die Konkurseröffnung wird von dem Gericht öffentlich bekannt gemacht ²⁾.

Der Antrag, Art. 217 Abs. 3 des Entwurfs nach 1. Lesung zu streichen, wurde in 2. Lesung mit 13 gegen 2 Stimmen abgelehnt ³⁾.

Es kann danach kaum zweifelhaft sein, daß mit der Pflicht, bei Überschuldung Konkurs anzumelden, zweierlei erreicht werden sollte: Erstens die Bindung des noch vorhandenen Vermögens, um eine gleichmäßige, möglichst volle Befriedigung der vorhandenen Gläubiger zu sichern; zweitens die mit der Konkurseröffnung verknüpfte öffentliche Bekanntmachung, daß die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr (voll) erfüllen könne und aufgelöst werde.

Das Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 11.6.1870 hat die Pflicht, die Überschuldung dem Gericht zwecks Konkurseröffnung anzuzeigen, unverändert in Art. 240 Abs.2 übernommen ⁴⁾ und die Verletzung durch den Vorstand der Aktiengesellschaft nach dem Vorbild der Landesgesetze ⁵⁾ mit Gefängnisstrafe bis zu 3 Monaten bedroht ⁶⁾.

Art. 240 Abs. 2 des Gesetzes vom 18.7.1884 ⁷⁾, unmit-

-
- 1) Vgl. zum damaligen Recht z.B.: §§ 281 Ziff 1; 118, 119 pr.KO vom 8.5.1855 (pr. Gesetz-Sammlung, 1855, S. 321 (349, 390)) iVm pr. EinführungsgG zum ADHGB Titel 1, 2.Abschnitt Ziff 32 .
 - 2) Vgl. zum damaligen Recht z.B. § 123 pr. KO vom 8.5.1855 (pr. Gesetz-Sammlung 1855, S.321 (350)).
 - 3) Lutz, Protokolle, III.Theil, S. 1069.
 - 4) BGBl. 1870, S. 375 (383).
 - 5) Vgl. z.B. pr.EinführungsgG vom 24.6.1861, Titel 1, 1.Abschnitt Ziff 12 § 9 (Lutz, Beilagenband, III.Theil, S. 1 (8)).
 - 6) BGBl. 1870, S. 375 (385).
 - 7) BGBl. 1884, S. 123 (162).

telbares Vorbild des § 64 Abs. 1 GmbHG, ändert die Anzeigepflicht lediglich in eine Konkursantragspflicht¹⁾. In der Begründung zum Entwurf heißt es ausdrücklich, daß die Unterbilanz dann, "aus dem Kreis des Gesellschaftsinteresses heraustretend, ein öffentliches Interesse" erlangt, wenn sie nicht nur die Hälfte des Nominalbetrags des Grundkapitals erreicht, sondern so groß ist, daß das Vermögen der Gesellschaft die Schulden nicht mehr deckt²⁾. Der Eröffnungsbeschluß ist sofort öffentlich bekannt zu machen und der Handelsregister-Behörde mitzuteilen (§§ 103, 104 KO)³⁾.

Das Genossenschaftsgesetz vom 1.5.1889, auf das in der amtlichen Begründung zum GmbHG ebenfalls verwiesen wird, übernimmt die aktienrechtliche Konkursantragspflicht bei Überschuldung ihrem Grundgedanken entsprechend nur für die Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, wenn die Überschuldung ein Viertel der Haftsummen aller Genossen übersteigt. Ohne für die hier interessierende Frage Näheres zu sagen, verweisen die Materialien auf das Aktienrecht⁴⁾. Die schuldhaft Verletzung der Pflicht ist auch hier mit Strafe bedroht⁵⁾.

Der Gesetzgeber hat seit Erlass des GmbHG an der Konkursantragspflicht bei Überschuldung festgehalten und ihre Verletzung mit Strafe bedroht.

-
- 1) Mit § 95 KO vom 10.2.1877 wurde das Antragsprinzip eingeführt, vgl. RGBl. 1877, S. 351; Hahn, Materialien zur KO, S. 295 f zur Begründung und zum früheren Rechtszustand.
 - 2) Sten.Ber., 5.Legisl., IV.Sess., 1884, 3.Band, Anlagen-Nr. 21, S. 215 (336, 337).
 - 3) RGBl. 1877, S. 351; Hahn, Materialien zur KO, S. 304.
 - 4) Sten.Ber., 7.Legisl., IV.Sess., 1888/89, 4.Band, Anlagen-Nr. 28, S. 183 (251) und 5.Band, Anlage-Nr. 132, S. 793 (822, 823) = Amtliche Begründung, S. 209.
 - 5) § 142 GenG.

Der VI. Zivilsenat, in seinem Urteil vom 2.2.1960 ¹⁾ veranlaßt, sein grundlegendes Urteil vom 16.12.1958 unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des GmbHG zu überprüfen, meint, die Gesetzesmaterialien zum GmbHG ließen nicht erkennen, daß mit § 64 Abs. 1 GmbHG auch die Neugläubiger in ihrem Interesse geschützt werden sollten, keine Forderungen gegen eine bereits überschuldete GmbH zu erwerben ²⁾. Das ist, wie die Untersuchung zeigt, nicht so sicher wie es der Senat meint.

Die Entstehungsgeschichte spricht eher dafür, daß durch diese Pflicht auch Dritte davor geschützt werden sollen, einer Gesellschaft noch Kredit zu gewähren, wenn bereits im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung damit zu rechnen ist, daß der Kreditgeber mit seiner Forderung ausfällt, weil die Gesellschaft überschuldet ist.

- (3) Der teleologische Zusammenhang zwischen der Konkursantragspflicht bei Überschuldung und anderen Normen

Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung darf nicht isoliert betrachtet werden. Um den mit ihr verfolgten Zweck zu erkennen, ist es auch erforderlich, ihren Zusammenhang mit anderen Geboten aufzudecken.

- (a) Die Zwangsliquidation einer konkursreifen GmbH

Nach § 60 Abs. 1 GmbHG wird die Gesellschaft mit der Konkurseröffnung aufgelöst.

Sie ändert kraft Gesetzes ihren satzungsmäßigen Zweck; dieser ist jetzt auf Beendigung der Gesellschaft

1) WM 1960, S. 641 = BB 1960, S. 381 = GmbH-Rdschau 1960, S. 106.

2) Im einzelnen insbesondere WM 1960, S. 642 links.

gerichtet. Notwendig schiebt sich zwischen die Auflösung durch Konkurseröffnung und die Vollbeendigung ein Verfahren, das der Versilberung des Gesellschaftsvermögens und der Befriedigung der Gläubiger dient. Dieses Verfahren ist das Konkursverfahren einschließlich einer etwaigen Nachtragsverteilung (§ 166 KO), soweit es sich um konkursbefangenes Gesellschaftsvermögen handelt, und das sich unter Umständen an das Konkursverfahren anschließende Liquidationsverfahren, soweit das Gesellschaftsvermögen konkursfrei ist.

In jedem Fall steht aber fest, daß mit der Konkurs-eröffnung die Gesellschaft beendet wird.

Diese Regelung soll eine Gesellschaft, deren Gläubigern nur das Vermögen der Gesellschaft haftet, von dem Wirtschaftsleben ausschließen, wenn sich ihre Vermögensgrundlage als zu schwach erwiesen hat. Die Gefahren, die von einer Gesellschaft ausgehen, die einmal zusammengebrochen ist, sind für Dritte, die mit ihr in Geschäftsverbindung treten, ihr Kredit gewähren und Vorleistungen erbringen, zu groß, als daß eine beschränkte Haftung der Gesellschafter noch gerechtfertigt erschiene. Dieser Grundgedanke, der dem Schutz der Neugläubiger dient, entfaltet seine besondere Wirksamkeit erst durch die Pflicht der Geschäftsführer, im Fall der Überschuldung die Konkurseröffnung zu beantragen. Ohne diese Pflicht würde dieser Schutz in den meisten Fällen zu spät kommen, weil die Überschuldung für Außenstehende schwer erkennbar ist.

Dieser Schutz ist von einem neueren Gesetz, dem Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934 ¹⁾, vervollständigt worden. Danach ist nunmehr auch mit der Rechtskraft des Beschlusses, durch den ein Antrag auf Eröffnung des

1) RGBl. I, S. 914.

Konkursverfahrens mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse abgewiesen wird (§ 107 KO), eine GmbH aufgelöst (§ 1 Abs. 1 LösSchG). Auf eine Anzeige des Konkursgerichts an das Registergericht wird die Auflösung von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen (§ 1 Abs. 2 LösSchG); insbesondere wird die Vermögenslage der GmbH durch ihre Aufnahme in die Schuldnerliste aufge-
deckt (§ 107 Abs. 2 KO).

Das erklärte Ziel des LösSchG ist es, die "Fortführung eines Scheindaseins zahlreicher Gesellschaften, die außer-
stande sind, ihre dringendsten Verpflichtungen insbesonde-
re steuerlicher Art zu erfüllen und infolge gänzlichen
oder doch überwiegenden Verlustes ihres Aktivvermögens
kaum Aussicht auf wirtschaftlichen Wiederaufstieg besit-
zen" ¹⁾, zu unterbinden. Denn "setzen solche Unternehmungen den Geschäftsbetrieb fort, so führt die Beibehaltung
der bisherigen Gesellschaftsform leicht zu Täuschungen
Außenstehender über den Umfang und inneren Wert des Unter-
nehmens und somit zu Schädigungen derjenigen, die mit ihm
in geschäftliche Beziehungen treten" ²⁾.

-
- 1) So die amtliche Erläuterung zum LösSchG, abgedruckt
bei Crisolli-Groschuff-Kaemmel, Umwandlung und Lö-
schung von Kapitalgesellschaften, 1937, S. 181; vgl.
auch KG, Deutsches Recht 1941, S. 256 f; LG Hamburg,
GmbH-Rdschau 1952, S. 92 (93); AG Hamburg, GmbH-Rdschau
1953, S. 43; Bergmann, Hat die Löschung einer Kapital-
gesellschaft konstitutive oder deklaratorische Bedeu-
tung?, Deutsche Notarzeitung 1935, S. 782 f; Groschuff,
Wiederbelebung von Firmen, JW 1935, S. 1738 (insbesonde-
re 1739, 1744); Herbig, Rechtsfragen bei der Löschung
von Kapitalgesellschaften, Deutsche Notarzeitung 1935,
S. 787 (792); Scholz, § 60 Anm. 8; Scholz, Fortsetzung
der aufgelösten GmbH, Juristenzeitung 1952, S. 199
(204 rechts); Scholz-Fischer, § 60 Anm. 8.
- 2) So die amtliche Erläuterung, a.a.O. (vgl. Voranm.).

- (b) Das Verbot, eine sich in Zwangsliquidation befindende GmbH fortzusetzen, und seine Ausnahmen

Befindet sich eine GmbH in Liquidation, weil das Konkursverfahren mangels Masse nicht eröffnet oder eingestellt worden ist oder weil es nach Abhaltung des Schlußtermins und Aufhebung des Konkurses nur noch darum geht, eventuell vorhandenes konkursfreies Gesellschaftsvermögen zu verwerten, so ist ein Beschluß der Gesellschafter, die Gesellschaft nunmehr fortzusetzen, grundsätzlich unzulässig ¹⁾. Das leuchtet ein, denn in den ersten Fällen ist die Gesellschaft ganz sicher überschuldet. Im letzteren muß das nicht so sein; ist es aber der Fall, dann haben die Liquidatoren erneut den Konkursantrag zu stellen (§§ 71 Abs. 2 iVm 64 Abs. 1 GmbHG).

Das HGB vom 10. Mai 1897 hat von diesem Fortsetzungsverbot zwei Ausnahmen zugelassen: Wird das Konkursverfahren nach Abschluß eines Zwangsvergleichs oder nach "Konkursverzicht" der Konkursgläubiger auf Antrag des Gemeinschuldners aufgehoben oder eingestellt (vgl. §§ 190, 202 KO), dann können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (§ 60 Abs. 1 Ziff. 4 Halbs. 2 GmbHG; Art. 11 XVI EGHGB vom 10.5.1897). Der Gesetzgeber hat die Fortsetzungsmöglichkeit also auf Fälle beschränkt, in denen noch ein für Erwerbszwecke ausreichendes Gesellschaftsvermögen erwartet werden kann ²⁾. Jedenfalls aber sind es Fälle, in denen die GmbH nicht mehr überschuldet ist.

-
- 1) Siehe z.B. Baumbach-Hueck, § 60 Anm. 7 B; Feine, S. 674; Jaeger, KO §§ 207, 208 Anm. 32; Scholz-Fischer, § 60 Anm. 10; RGZ 156, 27 (für AG).
2) Scholz, § 63 Anm. 21; Scholz, Fortsetzung der aufgelösten GmbH, Juristenzeitung 1952, S. 199 (204 links).

Eine Aufhebung des Konkursverfahrens nach Abschluß eines Zwangsvergleichs oder eine Einstellung nach "Konkursverzicht" durch die Konkursgläubiger und auf Antrag der Geschäftsführer ist nämlich bei einer GmbH nur dann zulässig, wenn die Überschuldung durch den Zwangsvergleich und im Falle des "Konkursverzichts" auf andere Weise beseitigt worden ist. Der Gesetzgeber hat die Liquidation und das Erfordernis, Konkursantrag auch bei Überschuldung einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft zu stellen, nicht als innere Angelegenheiten zwischen den Liquidatoren und den Konkursgläubigern angesehen, etwa derart, daß die Konkursgläubiger die Liquidatoren von der Anmeldepflicht entbinden könnten ¹⁾. Deshalb darf der Konkursrichter den Konkurs über das Vermögen einer überschuldeten GmbH auch nach einem Zwangsvergleich erst aufheben und nach einem "Konkursverzicht" auf Antrag der Geschäftsführer erst einstellen, wenn die Überschuldung nicht mehr besteht.

In der Literatur wird die Fortsetzungsmöglichkeit einer GmbH auch über die Fälle des § 60 Abs. 1 Ziff 4 Halbsatz 2 GmbHG hinaus vielfach bejaht ²⁾. Ob das zulässig ist, braucht hier nicht entschieden zu werden.

-
- 1) So RGZ 72,285 (289); Baumbach-Hueck, § 64 Anm.1A; Bendix, Anmerkung zu RG 12. StSen. vom 7.4.1927 - 2 D 117/27 - JW 1927, S. 1696 (1697); Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm.2; Scholz, § 64 Anm. 2 (S.692); Vogel, § 64 Anm. 2.
- 2) Siehe dazu z.B. Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm.19 Abs. 1; 20; ablehnend vor allem Baumbach-Hueck, § 60 Anm. 7 B; für Auflösungsfälle nach dem LöschG: Crisolli, Die Auflösung und Löschung von Gesellschaften nach dem Gesetz vom 9. Okt. 1934, JW 1934, S. 2657 (2659) und Groschuff, Wiederbelebung von Firmen, JW 1935, S. 1738 (1746).

Jedenfalls ist es rechtlich nicht möglich, eine überschuldete GmbH, die sich in Liquidation befindet, fortzusetzen, solange sie überschuldet ist. Gleichgültig ist, ob die Liquidation eingeleitet wurde, weil das Konkursverfahren "mangels Masse" nicht eröffnet oder zwar eröffnet, aber aus demselben Grunde von Amts wegen oder wegen "Konkursverzichts" auf Antrag der Geschäftsführer eingestellt oder nach Abhaltung des Schlußtermins oder nach einem Zwangsvergleich aufgehoben worden ist.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Die Auflösung einer überschuldeten GmbH, die mit Konkurseröffnung oder Ablehnung derselben mangels Masse eintritt, führt zur Beendigung einer solchen Gesellschaft. Wegen des grundsätzlichen Fortsetzungsverbots ist diese Beendigung zwingend. Ein Fortsetzungsbeschluß der Gesellschafter ist nur in Ausnahmefällen zulässig und auch dann rechtlich nur möglich, wenn die Gesellschaft nicht mehr überschuldet ist. Die Auflösung einer überschuldeten GmbH wird durch einen Konkursantrag eingeleitet. Die Geschäftsführer sind verpflichtet, diesen Antrag zu stellen, wenn die GmbH überschuldet ist.

Diese Gesamtregelung spricht dafür, daß mit der Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH auch das Interesse Dritter geschützt werden soll, einer bereits überschuldeten GmbH keine Kredite zu gewähren oder Vorleistungen zu erbringen.

- (c) Die Ersatzpflicht der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft und der Unterschied im sachlichen Schutzbereich der Altgläubiger und Neugläubiger als mögliche Gegenargumente

Gegen diese Annahme könnten jedoch die §§ 64 Abs. 2, 71 Abs. 2 des GmbHG sprechen. Geschäftsführer und Liquidatoren sind nach diesen Vorschriften der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Feststellung der Überschuldung der Gesellschaft geleistet werden. Das gilt nur dann nicht, wenn solche Zahlungen auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist, entfällt die Haftung der Geschäftsführer nicht dadurch, daß sie in Befolgung eines Gesellschaftsbeschlusses gezahlt haben (§§ 64 Abs. 2 S.3 iVm 43 Abs. 3 S.3 GmbHG). Insoweit wird der Ersatzanspruch auch nicht durch Verzicht und Vergleiche der Gesellschafter beeinträchtigt (§§ 64 Abs. 3 S. 3 iVm 43 Abs. 3 S. 2 iVm 9 Abs. 2 GmbHG). Die Ersatzpflicht besteht dagegen nicht, soweit ein Gegenwert für die Zahlung in das Gesellschaftsvermögen gelangt. Zum Teil wird angenommen ¹⁾, daß die Ersatzpflicht bei unstatthafter Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers nur insoweit bestehe, wie die Zahlung die Quote übersteige, die der Gesellschaftsgläubiger im Konkurs erhalten hätte. Grundsätzlich setzt die Ersatzpflicht auch die Verletzung der Konkursantragspflicht voraus, da der Geschäftsführer nur dann schuldhaft handelt. Die Vorschriften haben also unverkennbar den Zweck, im Hinblick auf bestimmte Geschäfte ("Zahlungen") die Vermögenslage wieder herzustellen, die im Zeitpunkt der Konkursreife bestanden hat. Also ergebe sich aus diesen

1) Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 9 Abs. 3 mit weiteren Nachweisen.

Vorschriften, so könnte eingewendet werden, daß nur das Interesse der Gläubiger an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens geschützt werden solle.

Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend. Vielmehr bestätigen die §§ 64 Abs. 2, 71 Abs. 2 GmbHG nur, daß die Konkursantragspflicht bei Überschuldung die Gesellschaftsgläubiger vor dem weiteren Verfall des Gesellschaftsvermögens sichern soll. Mehr darf aus diesen Vorschriften aus folgenden Gründen nicht geschlossen werden:

§§ 64 Abs. 2, 71 Abs. 2 GmbHG betreffen formal nur das Verhältnis zwischen Geschäftsführern und Liquidatoren einerseits und der Gesellschaft andererseits ¹⁾. Das Erhaltungsinteresse der Gesellschaftsgläubiger kann materiell durch einen Ersatzanspruch auf dieser Ebene wirksam geschützt werden. Der Ersatz wird einfach vom Konkursverwalter oder Liquidator zum Gesellschaftsvermögen gezogen. Dadurch erhöht sich die Konkursquote oder Liquidationsquote gerade in der Höhe, in der sie durch die verbotswidrige Zahlung ohne diesen Ersatz gemindert worden wäre. Der Konkursverwalter oder Liquidator kann die verbotswidrigen Zahlungen auch am besten feststellen, denn er ist im Besitz der Geschäftspapiere und der Unterlagen für die Buchführung. Die Gesellschaftsgläubiger sind der Beweisschwierigkeiten enthoben, die sie bei einem entsprechenden Schutz durch eigene Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführer hätten. Zugleich wird dadurch im Interesse der Rechtspflege eine unnötige Belastung der Gerichte vermieden. Was so mit e i n e m Prozeß wirksamer erreicht werden kann, erforderte im anderen Fall eine Vielzahl kleiner Prozesse. Daraus, daß der Gesetzgeber diesen praktischen Weg der §§ 64 Abs. 2, 71 Abs. 2 GmbHG für den Schutz der Gläubiger gewählt hat, darf aber nicht ge-

1) So auch BGHZ 29, 100 (102) = Wertpapiermitteilungen 1959, S. 267 (rechts); Baumbach-Hueck, § 43 Anm. 1; Hachenburg-Schilling, § 43 Einleitung.

schlossen werden, daß er den im übrigen mit der Konkursantragspflicht bezweckten Schutz nicht gewollt habe. Denn dieser weitergehende Schutz kann nicht durch einen Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer, sondern nur durch einen solchen der Gläubiger selbst verwirklicht werden.

Ein Argument aus §§ 64 Abs. 2, 71 Abs. 2 GmbHG gegen die Ansicht, die Konkursantragspflicht bezwecke im rechtsgeschäftlichen Verkehr auch den Schutz Dritter vor den Gefahren, die für sie in der Überschuldung einer GmbH lauern, wäre deshalb ein unzulässiges *argumentum e contrario*. Wäre nämlich ein Schutzgesetz nur anzunehmen, wenn das Spezialgesetz selbst einen entsprechenden Schadensersatzanspruch zuerkennt, dann wäre § 823 Abs. 2 BGB überflüssig.

Schließlich könnte noch eingewendet werden, es könne nicht Sinn der Konkursantragspflicht sein, daß ihre Verletzung zu einem Schadensersatz führe, der in seinem Umfang für Altgläubiger und Neugläubiger so unterschiedlich sein solle. Während die Altgläubiger nur in ihrem Interesse geschützt seien, daß das Gesellschaftsvermögen, das bei eingetretener Überschuldung noch vorhanden ist, zu ihrer Befriedigung verwendet wird, erhielten die Neugläubiger in der Regel wirtschaftlich das, was sie auch sonst erhalten hätten, wenn die Gesellschaft ihren Verpflichtungen voll hätte entsprechen können ¹⁾.

Das widerspricht sich aber nicht, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Es folgt daraus, daß der Gesetzgeber mit der Konkursantragspflicht eine Vielzahl von Interessen abwägen und bewerten mußte. Von der Frage, wann der Konkurs über eine GmbH eröffnet werden soll, werden eben viele berührt ²⁾; die Gesellschafter, die

1) Vgl. im einzelnen unten S. 89 f.

2) Vgl. dazu schon oben S. 17 ff.

Gläubiger, Dritte, die mit der Gesellschaft in Geschäfts-
verbindung treten werden, die Allgemeinheit und der
Staat. Nur selten sieht der Gesetzgeber seine Aufgabe
darin, durch eine Regelung nur ein bestimmtes, an dem Kon-
flikt beteiligtes Interesse zu schützen. Vielmehr ist es
in der Regel sein Bestreben, die widerstreitenden
Interessen durch gegenseitige Beschränkung auszuglei-
chen ¹⁾. Das gilt auch in dem hier behandelten Fall. Im
Interesse der Gesellschafter, des Staates, nicht zuletzt
im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaftsgläubiger
selbst an der Erhaltung des Unternehmens und seiner Werte
hat der Gesetzgeber die Konkursantragspflicht hinausge-
schoben. Er hätte auch bestimmen können, daß die Antrags-
pflicht schon entstehe, wenn das Reinvermögen nicht mehr
dem Stammkapital oder einem bestimmten Bruchteil des
Stammkapitals entspreche, um auf diese Weise das Interesse
der Gesellschaftsgläubiger an voller Befriedigung zu
schützen. Er hat dies aber auch im Interesse der Gesell-
schaftsgläubiger selbst nicht getan ²⁾. Die Folge ist der
unterschiedliche Umfang des Schadensersatzes für Alt-
gläubiger und Neugläubiger. Denn, wenn der Gesetzgeber
die Hoffnung der Gesellschafter, des Staates und der Alt-
gläubiger, die Vermögenslage der Gesellschaft werde sich
durch Weiterwirtschaften wieder normalisieren, solange
für berechtigt ansieht wie die Gesellschaft nicht über-
schuldeter ist, dann kann er auf der anderen Seite den Alt-
gläubigern nicht den Ersatz des Schadens zusprechen, der
diesen daraus entsteht, daß sich diese Hoffnung letzten
Endes nicht erfüllt hat. Dagegen geht das Schutzinteresse
Dritter dann den Hoffnungen der Beteiligten "auf bessere
Zeiten" vor, wenn Überschuldung eintritt. Deshalb ist der

1) Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, § 7,2., S.29 ff;
derselbe, Rechtserneuerung und juristische Methoden-
lehre, § 3,6., S. 19 unten und S. 20.

2) Vgl. dazu oben S.17 ff.

unterschiedliche Umfang des Schadensersatzes nur die Kehrseite einer in sich nicht widersprüchlichen gesetzgeberischen Interessenwertung.

- (4) Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft, einer Genossenschaft und eines rechtsfähigen Vereins

Die Pflicht der Geschäftsführer, die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen einer überschuldeten GmbH zu beantragen, muß auch im Zusammenhang mit entsprechenden Regelungen im übrigen Gesellschaftsrecht und im Vereinsrecht gesehen werden. Gesichtspunkte, die sich dabei für das hier erörterte Problem ergeben, sind zu berücksichtigen.

- (a) Die Regelung im Recht der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft

Wie erwähnt ¹⁾, hat sich der Gesetzgeber, als er die Konkursantragspflicht im GmbHG regelte, an die entsprechenden Bestimmungen des Aktien- und Genossenschaftsrechts gehalten. Er hat an dieser Pflicht, deren Entstehungsgeschichte eher für einen weiten Schutz der Neugläubiger spricht ²⁾, auch bei der Aktiengesellschaft ³⁾ und Genossenschaft ⁴⁾

1) vgl. oben S.15 Anm. 3.

2) vgl. dazu oben S. 17-21.

3) vgl. §§ 92 Abs. 2 Satz 2, 268 Abs. 2 Satz 1, 401 Abs. 1 Ziff. 2 AktG 1965; im Hinblick auf die erheblichen Vermögenswerte, die bei den Größenordnungen des heutigen Wirtschaftslebens gerade bei den Aktiengesellschaften auf dem Spiele stehen, hat der Gesetzgeber den Strafraum gegenüber dem AktG 1937 erheblich ausgedehnt, vgl. dazu Kropff, Aktiengesetz, S. 503 oben (zu § 401).

4) vgl. §§ 140 Satz 2, 148 Abs. 1 Ziff. 2 GenG und oben S.22.

festgehalten. Nachdem Weipert ¹⁾ schon richtig erkannt hatte, daß der Schutz der Neugläubiger nicht auf das Erhaltungsinteresse begrenzt sei, sind die führenden Kommentare des Aktienrechts ²⁾ der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zu § 64 Abs. 1 GmbHG gefolgt. Im Genossenschaftsrecht, in dem die Frage weniger Bedeutung hat, wurde sie bisher nicht erörtert ³⁾.

(b) Die Regelung im Vereinsrecht

§ 42 Abs. 2 Satz 1 BGB verpflichtet den Vorstand eines rechtsfähigen Vereins, im Falle der Überschuldung die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen. Anders als bei der GmbH, der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft machen sich die Vorstandsmitglieder eines rechtsfähigen Vereins nicht strafbar, wenn sie diese Pflicht schuldhaft verletzen. Der Gläubigerschutz ist auch sonst im Recht des rechtsfähigen Vereins, das wegen § 22 BGB praktisch nur für nichtwirtschaftliche Vereine gilt, weniger ausgebildet als bei der GmbH, der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft ⁴⁾.

Trotzdem hat es der Gesetzgeber für erforderlich gehalten, in § 42 Abs. 2 Satz 2 BGB zu bestimmen, daß die Vorstandsmitglieder, die den Antrag schuldhaft verzögern, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich sind. Diese Bestimmung wird von der herrschenden Meinung als Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB ⁵⁾, das den Gläubigern zustehende Recht, Ersatz zu verlangen, als delikt-

1) Gadow u.a., 1939, § 84 Anm. 66.

2) Baumbach - A. und G. Hueck, § 92 Anm. 7; Gadow-Schilling, § 84 Anm. 66.

3) Crüger-Crecelius, § 148 Anm. 1, sehen in § 148 Abs. 1 Ziff. 2 GenG ein Gesetz zum Schutz der Allgemeinheit.

4) z.B. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, § 16 I b (S. 183).

5) Enneccerus-Lehmann, § 235 I 1 b (S. 950);
Erman-Drees, § 823 Anm. 12 c bb (S. 1739);
Soergel-Schräder, § 823 Anm. 473.

scher Anspruch ¹⁾ angesehen.

Der Wortlaut der Vorschrift spricht bei unbefangener Betrachtung dafür, daß die Neugläubiger nicht nur in ihrem Erhaltungsinteresse, sondern auch insoweit geschützt werden sollen, als sie wegen Verzögerung des Konkursantrags dem überschuldeten Verein noch Kredit gewähren ²⁾. Es ist kaum davon auszugehen, der Gesetzgeber habe ausdrücken wollen, der Vorstand sei für einen Schaden, der einem Gläubiger infolge der Antragsverzögerung im Moment des Erwerbs seiner Gläubigerstellung entstehe, nicht verantwortlich. Der Wortlaut kann aber nicht mehr als ein Indiz sein, der Gesetzgeber habe den Schutz der Gläubigerinteressen in dem Umfang gewollt, der vom Wortlaut gedeckt wird ³⁾. Das Reichsgericht hat deshalb zu Recht die Frage aufgeworfen, ob § 42 Abs. 2 BGB die Neugläubiger eines Vereins über das Interesse an der Erhaltung des Vereinsvermögens hinaus schützen wolle ⁴⁾.

In den Motiven heißt es zur Konkursantragspflicht der Vorstandsmitglieder: "Erfüllt der Vorstand die ihm obliegende Verpflichtung nicht, so ist er der Körperschaft dafür verantwortlich. Die Lage der Gläubiger würde aber nur ungenügend geschützt sein, wenn nicht auch ihnen bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der Verpflichtung seitens des Vorstandes ein unmittelbarer Anspruch gegen den letzteren eingeräumt würde. Die Pflicht-

1) BGB-RGRK-Denecke, § 53; Detmold, Festgabe für Regelsberger, Leipzig 1901, S. 317 ff (326 f); Soergel-Schultze=v.Lassaulx, § 53 Anm. 3; Staudinger-Going, § 53 Anm. 5.

2) Winkler, Zum Schutzzumfang des § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz, MDR 1960, S. 185 (187 links oben).

3) Das gilt auch für den sogenannten eindeutigen Wortlaut, siehe G. und D.Reinicke, Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, S. 1033 (1034 links).

4) RG HRR 1936 Nr. 524.

verletzung stellt sich den Gläubigern gegenüber als eine unerlaubte Handlung dar, durch deren Begehung der Vorstand diesen gegenüber sich schadensersatzpflichtig macht." ¹⁾

Und zu dem Umfang des zu ersetzenden Schadens heißt es in den Ausführungen zu den Schadensersatzpflichten der Liquidatoren, die ebenfalls bei Überschuldung die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen haben: "Nur insoweit, als die Liquidatoren gegen Vorschriften verstoßen, welche den Gläubigerschutz besonders bezwecken, und nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung ist die unmittelbare Verhaftung gegenüber den Gläubigern gerechtfertigt

Die Haftung besteht unterschiedlos in der Erstattung des entstandenen Schadens." ²⁾ Was das bei Verletzung der Konkursantragspflicht heißt, wird nicht ausdrücklich gesagt. Für den Fall, daß die Liquidatoren das Vereinsvermögen vor der Befriedigung der Gläubiger oder vor Ablauf des Sperrjahres an die Vereinsmitglieder verteilen, sagen die Motive, es bestehe kein Bedürfnis, die Liquidatoren insoweit zu verpflichten, das zu Unrecht Verteilte dem Körperschaftsvermögen zurückzugewähren. Ein solcher Anspruch könne unter Umständen seinem Umfang nach geringer sein als der Anspruch auf das Interesse, und es sei kein Grund ersichtlich, den Gläubigern nur den beschränkteren Rechtsbehelf zu geben ³⁾. Diese Erläuterung zeigt, daß bei dem Anspruch der Gläubiger an Fälle gedacht worden ist, in denen der zu ersetzende Schaden nicht durch das Interesse an der Erhaltung des Vereinsvermögens begrenzt wird, sondern darüber hinausgeht ⁴⁾.

1) abgedruckt bei Mugdan, I. Band, S. 410 (= S. 105 der Motive).

2) Mugdan, I. Band, S. 417 (= S. 117 der Motive).

3) Mugdan, I. Band, S. 417 (= S. 117 der Motive).

4) vgl. auch Winkler, Zum Schutzzumfang des § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz, MDR 1960, S. 185 (187).

Das Reichsgericht hat damals die Frage offengelassen ¹⁾. Soweit die Literatur zum Umfang des Schadensersatzes und damit zum Schutzzweck der Konkursantragspflicht beim überschuldeten rechtsfähigen Verein Stellung nimmt, neigt sie dazu, die Neugläubiger über das Erhaltungsinteresse hinaus zu schützen ²⁾. Westermann ³⁾ spricht sich ausdrücklich dafür aus, auch den Neugläubigern das negative Interesse, nicht nur den durch verspäteten Zugriff auf das Vereinsvermögen entstandenen Schaden zu ersetzen.

(5) Die sachgerechtere Lösung

Läßt sich die Gebotsvorstellung des Gesetzgebers nicht sicher aus den Materialien und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ermitteln, dann wird neben dem teleologischen Zusammenhang, in dem das Gebot zu anderen Vorschriften steht, und vergleichbaren Regelungen mit ähnlicher Interessenlage auch die sachgerechtere von zwei Auslegungsmöglichkeiten ein Indiz dafür sein, der Gesetzgeber habe diese vernünftigere Lösung gewollt ⁴⁾.

Nach Ansicht des VI. Senats werden die Neugläubiger erst geschützt, wenn ein Teil ihres Schadens bereits entstanden ist. Er besteht im Erwerb einer minderwertigen Forderung gegen die GmbH. Nicht selten liegt darin der eigentliche Ausfall der Neugläubiger. Hat der Geschäftsführer den Konkursantrag so lange verzögert, daß ein ver-

1) RG HRR 1936 Nr. 524.

2) Staudinger-Coing, § 42 Anm. 10; a.A. BGB-RGRK-Denecke, § 42 Anm. 2.

3) Erman-Westermann, § 42 Anm. 4.

4) Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP, Band 112, S. 101; G. und D.Reinicke, Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1952, S. 1033 (1037 rechts).

wertungsfähiges Vermögen der Gesellschaft nicht mehr vorhanden ist, und erwirbt der Neugläubiger in diesem Moment, in dem ihn die Gefahren der beschränkten Haftung der Gesellschafter am härtesten treffen, seinen Anspruch, dann geht er leer aus. Je höher die Überschuldung und je größer die Gefährdung des Rechtsverkehrs durch die schuldhaftige Pflichtverletzung des Geschäftsführers werden, um so geringer seine Verantwortung gegenüber dem mit der Gesellschaft in Geschäfts- und Kreditverkehr stehenden, schutzbedürftigen Publikum. Ein unbefriedigendes ¹⁾ und vom Gesetzgeber wohl kaum gewolltes Ergebnis.

Bei der Begründung des VI. Zivilsenats, den Materialien und dem Gesetz sei für die zu entscheidende Frage nichts zu entnehmen, erscheint es nicht ausgeschlossen, daß der Senat die wahren Gründe seiner Entscheidung nicht aufgedeckt hat. Diese könnten in der Erwägung bestehen, es sei sachgerechter, den Geschäftsführern und Liquidatoren eine solche zivilrechtliche Haftung gegenüber den Neugläubigern nicht aufzuerlegen. Diese Eigenwertung verstößt gegen die gesetzgeberische Wertung und ist daher abzulehnen. Sie verletzt den Grundsatz der Bindung des Richters an die Wertungen des Gesetzgebers.

c. Das Ergebnis

Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH bezweckt auch, Dritte in ihrem Interesse zu schützen, einer überschuldeten GmbH keinen Kredit zu gewähren ²⁾.

- 1) siehe Lambsdorff und Gilles, Zur Haftung der GmbH-Geschäftsführer bei unterlassenem oder verzögertem Konkursantrag, NJW 1966, S. 1551 rechts und 1552 links.
- 2) Zu demselben Ergebnis kommen Lambsdorff und Gilles, Zur Haftung der GmbH-Geschäftsführer bei unterlassenem oder verzögertem Konkursantrag, NJW 1966, S. 1551-1552; Winkler, § 64 Abs. 1 GmbHG als Schutzgesetz für die Gesellschaftsgläubiger, MDR 1958, S. 887 (889); ders., Zum Schutzzumfang des § 64 Abs. 1 GmbHGesetz, MDR 1960, S. 185 (186 f); ebenso wohl auch KG (Ost), NJ 1950, S. 123; LG Hildesheim, NdsRpfl. 1958, S. 137 (138); Bergenroth, GmbHG § 64 I ist Gläubigerschutzgesetz i.S. § 823 II BGB, MDR 1958, S. 199 (201); kritisch gegenüber der h.M. auch Medicus, § 24 II 3 (S.247).

Das gleiche gilt für Altgläubiger, soweit sie in dem Zeitpunkt, in dem auf den pflichtgemäßen Konkursantrag des Geschäftsführers das Konkursverfahren ordnungsgemäß eröffnet worden wäre, noch keine Forderungen gegen die GmbH hatten, sondern für die erst danach durch Rechtsgeschäft Ansprüche gegen die Gesellschaft entstanden sind. Sie sind insoweit Neugläubiger ¹⁾.

3. Der Schutz Dritter, deren Ansprüche auf außerrechtsgeschäftlichen Vorgängen beruhen

Die Konkursantragspflicht bezweckt dagegen nicht den Schutz Dritter davor, daß sie nach dem Zeitpunkt, in dem die GmbH durch Konkurseröffnung oder Abweisung des Konkursantrags mangels Masse hätte aufgelöst sein müssen, Schadensersatzansprüche gegen eine überschuldete GmbH aus unerlaubter Handlung, Gefährdungshaftung oder Aufopferung erwerben, die mit der Verfolgung satzungsmäßiger Zwecke der Gesellschaft zusammenhängen.

Es mag zwar Fälle geben, in denen diese Schäden nicht entstanden wären, weil der Konkursantrag pflichtgemäß gestellt, die Gesellschaft aufgelöst und also die satzungsmäßigen Zwecke nicht mehr verfolgt worden wären. Soweit aber der Gesetzgeber wegen der Gefährlichkeit einzelner Handlungen und Einrichtungen Dritte vor der allgemeinen Gefahr schützen wollte, daß die ihnen aus derartigen Handlungen und Einrichtungen erwachsenden Schäden wegen Vermögenslosigkeit des Schädigers oder der möglichen Schadenshöhe unausgeglichen bleiben könnten, hat er die Abdeckung des Schadensrisikos angeordnet. So sind die Halter von Kraft ²⁾- und Luftfahrzeugen ³⁾ verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen oder Sicher-

1) Vgl. zu der Abgrenzung von Alt- und Neugläubigern auch oben S.4 Anm. 1 und S. 5 Anm. 4.

2) Art. I §§ 1 - 5 Pflichtversicherungsgesetz .

3) § 43 Luftverkehrsgesetz .

heit zu leisten; die Luftfahrtunternehmen haben Fluggäste gegen verschuldete wie unverschuldete Unfälle zu versichern ¹⁾. Inhaber einer Atomenergieanlage, Arbeiter und Verarbeiter sowie Beförderer von Kernbrennstoffen haben eine "Deckungsvorsorge" ²⁾ zu treffen. Für bestimmte Schäden besteht außerdem eine subsidiäre Deckungspflicht des Bundes ³⁾. Der Gesetzgeber hat diese Gefahren nicht durch die Konkursantragspflicht bei Überschuldung abwenden wollen.

III. Das Ergebnis

Zweck der Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH ist es, die Altgläubiger vor dem weiteren Verfall des Gesellschaftsvermögens, die Neugläubiger darüber hinaus davor zu schützen, einer überschuldeten GmbH Kredite zu gewähren und Vorleistungen zu erbringen (Schutz des Rechtsverkehrs). Insoweit enthalten §§ 64 Abs. 1, 71 Abs. 2 GmbHG Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

B: Die weiteren Haftungsvoraussetzungen

Die Geschäftsführer und Liquidatoren sind den Gläubigern der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie die Konkursantragspflicht bei Überschuldung schuldhaft verletzt haben, der Schaden adäquate Folge dieser Pflichtverletzung ist und vom Schutzzweck der Konkursantragspflicht umfaßt wird (§ 823 Abs. 2 BGB). Diese einzelnen Voraussetzungen werden im folgenden näher erörtert.

I: Die Entstehung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung

Die Entstehung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung setzt nach §§ 64 Abs. 1 Satz 1, 71 Abs. 2 GmbHG

1) § 50 Luftverkehrsgesetz.

2) § 13 AtomG.

3) § 36 Abs. 1 AtomG.

voraus, daß das Vermögen der Gesellschaft die Schulden nicht mehr deckt (Überschuldung) und daß sich diese Überschuldung bei der Aufstellung einer Jahres- oder Zwischenbilanz ergibt.

§ 1 Die Überschuldung

Die scheinbar klare Anordnung des § 64 Abs. 1 Satz 1 a.E. GmbHG, Überschuldung liege vor, wenn das Vermögen die Schulden nicht mehr deckt, gibt zu erheblichen Zweifeln Anlaß. So ist bei dieser Gegenüberstellung des "Vermögens", d.h. des Aktivvermögens, und der Schulden schon zweifelhaft, wo die Grenze zwischen berücksichtigungsfähigen Gütern des Aktivvermögens und bloßen Aussichten und Erwartungen liegt. Ähnliche Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der Frage, was schon Schulden, was bloße, nicht zu berücksichtigende künftige Belastungen sind. Weiter taucht, da eine solche Gegenüberstellung des Aktivvermögens und der Schulden eine Bewertung der einzelnen Wirtschaftsgüter und Schulden erfordert, die Frage nach dem richtigen Wertmaßstab auf.

Die Bewertung der meisten Wirtschaftsgüter ist notwendig mit einer Schätzung verbunden. Die dadurch in der Praxis auftauchenden Schwierigkeiten und Unsicherheiten hängen von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles ab. Sie können nur von Fall zu Fall durch die Sachkenntnis und Erfahrung des Bewertenden einigermaßen gemeistert werden. Sie treten bei jeder Bewertung, die auf Schätzungen nicht verzichten kann, auf und können deshalb nicht Gegenstand der folgenden Erörterung sein. Hier kann es nur darum gehen, die Grundsätze herauszuarbeiten, die im Rahmen der Überschuldungsfeststellung bei der Bewertung der Gegenstände des Aktivvermögens und der Schulden zu beachten sind.

Man muß sich klar machen, daß jede Bewertung relativ ist. Der Hinweis der herrschenden Meinung ¹⁾, entschei-

1) Eine gute Übersicht zum Meinungsstand und Nachweise zur h.M. finden sich bei Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5.

dend seien die "wahren", "richtigen" Werte, genügt deshalb nicht. Es gibt keinen objektiv "wahren", "richtigen" Wert eines Vermögensgegenstandes oder einer Schuld. Auch bei seiner Ermittlung kommt es auf den Standpunkt an, den der Bewertende einnimmt. Geht man von der Veräußerung eines Wirtschaftsguts aus, dann hängen die Ergebnisse der Bewertung davon ab, ob man annimmt, der Gegenstand werde einzeln oder als Teil eines ganzen Betriebes oder eines Teilbetriebes veräußert. Im zweiten Fall ergeben sich Unterschiede danach, ob man unterstellt, der Erwerber werde den (Teil-)Betrieb fortführen oder einstellen. Alle drei Werte können, objektiv verschieden, von dem jeweiligen Standpunkt des Bewertenden aus "richtig" und "wahr" sein. Entsprechendes gilt für die Gegenüberstellung des Aktivvermögens und der Schulden. Die Funktion ¹⁾, die diese Gegenüberstellung hat, ist Maßstab dafür, was als Gegenstand des Aktivvermögens und was als "Schuld" anzusehen ist; nach ihr bestimmt sich auch der Standpunkt, den der Bewertende einzunehmen hat ²⁾. Soweit der Gesetzgeber hierzu keine speziellen Anordnungen getroffen hat, gibt der Zweck der Konkursantragspflicht bei Überschuldung einen Anhaltspunkt.

§ 64 Abs. 1 GmbHG war bis zur Änderung durch das Gesetz vom 25. März 1930 ³⁾ so formuliert, als müsse sich die Überschuldung "aus der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz" ergeben ⁴⁾. Trotzdem lehnten es Rechtspre-

-
- 1) Hierzu Schmalenbach, Dynamische Bilanz, S. 27.
 - 2) Hirsch, Zur Auslegung und Reform der Überschuldungsbestimmungen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Hueck, 1959, S. 310 und 311.
 - 3) Gesetz über die Pflicht zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens Art. IV Ziff. 1, 2, RGBl. Teil I, S. 93 (94 rechts).
 - 4) Vgl. z.B. Hirsch, Zur Auslegung und Reform der Überschuldungsbestimmungen, Festschrift für Hueck, S. 307 (308).

chung und Rechtslehre unter Beachtung der Gesetzesmaterialien ab, bei Feststellung der Überschuldung die Bewertungsgrundsätze anzuwenden, die nach § 42 GmbHG für die nach § 41 Abs. 2 GmbHG aufzustellende Bilanz gelten ¹⁾. Stille Reserven seien vielmehr aufzulösen; Grundkapital, Nachschußkapitalkonto und Rücklagen nicht als "Schulden" zu behandeln. Der Gesetzgeber hat 1930 den Halbsatz 2 in § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG so geändert, daß Konkurs anzumelden ist, "wenn sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt" ²⁾. Er hat dadurch die Zweifel, ob die Überschuldung sich nicht aus der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergeben müsse, beseitigen wollen. Bei der Gegenüberstellung des Aktivvermögens und der Schulden (Vermögensbilanz), die nach § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in der Regel erforderlich ist, sind also die Bewertungsgrundsätze des § 42 GmbHG nicht anzuwenden ³⁾.

Soll nämlich durch die Jahresbilanz und die Zwischenbilanzen der Erfolg innerhalb einer bestimmten Periode festgestellt werden ⁴⁾, so geht es bei der Feststellung der Überschuldung als Voraussetzung der Konkurseröffnung um die Frage, ob die GmbH auf die Dauer ihren gegenwärti-

-
- 1) Siehe z.B. Staub-Pinner, § 240 Anm. 2 mit weiteren Nachweisen.
 - 2) Gesetz über die Pflicht zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens Art. IV Ziff. 1, 2, RGBl. Teil I, S. 93 (94 rechts).
 - 3) Baumbach-Hueck, § 63 Anm. 1 B; Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 4; Böhle-Stamschröder, § 207 Anm. 2; Jäger, §§ 207, 208 Anm. 3; Kaufmann, Buchbesprechung: Lehmann, Der Konkurs der GmbH, Gruchots Beiträge 59, S. 185 (187).
 - 4) Vgl. z.B. Baumbach-Hueck, § 42 Anm. 1B, 2A; Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 4; Mentzel-Kuhn, §§ 207 f Anm. 7.

gen Verpflichtungen den Gläubigern gegenüber aus dem vorhandenen Vermögen nachzukommen in der Lage ist ¹⁾.

Im Rahmen des § 64 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG sind auch nicht die Grundsätze maßgebend, die für die Aufstellung einer Konkursöffnungsbilanz (§ 124 KO) gelten. Denn deren Aufgabe besteht nicht darin festzustellen, ob die Vermögenslage der Gesellschaft im Interesse der Altgläubiger, Dritter, der Allgemeinheit und des Staates die Auflösung der Gesellschaft gebietet. Diese Frage ist mit der Konkursöffnung bereits beantwortet (§ 60 Abs. 1 Ziff 4 GmbHG). Vielmehr geht es bei der Konkursöffnungsbilanz darum, die Quote festzustellen, mit der die nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger rechnen können ²⁾. Bei der Bewertung der Gegenstände des Aktivvermögens ist also davon auszugehen, welchen Erlös die Gegenstände des Aktivvermögens bei ihrer Verwertung in dem bereits eröffneten Konkursverfahren erzielen werden ³⁾. Die Schulden sind so anzusetzen, wie sie sich nach Eröffnung des Konkursverfahrens darstellen ³⁾. In einem Konkursverfahren liegen die Erlöse

1) So etwa Düring, Die Bewertung im Falle des § 240 HGB, Kongreßarchiv 1936, S. 168 und Mathews, Zahlungsunfähigkeit, Zahlungseinstellung und Überschuldung im Konkurs- und Vergleichsrecht, Wege zu ihrer Ermittlung, Die Wirtschaftsprüfung 1950, S. 254; was mit dem Merkmal "auf die Dauer" im einzelnen gemeint ist, ergibt sich aus den Ausführungen von Düring nicht mit letzter Klarheit und hat schon zu Mißverständnissen Anlaß gegeben, siehe z.B. Warncke, Zur Frage der Überschuldung im Sinne des § 83 Abs. 2 Satz 2 AktG, Der Wirtschaftsprüfer 1949, S. 34, dagegen Düring, Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungs-umstellung, Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 193; sollte damit an die Berücksichtigung zukünftiger Erträge gedacht sein, die sich aus der Weiterverfolgung der satzungsmäßigen Zwecke der GmbH ergeben, so erscheint das bedenklich, vgl. die folgenden Ausführungen im Text.

2) Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, S. 312; Jaeger-Weber, § 124 Anm. 1 und 3; Kottke, Die Konkursbilanz, DB 1954, S. 437 und 438.

3) Vgl. die in der Voranmerkung Genannten, insbesondere Kottke, Die Konkursbilanz, DB 1954, S. 437 - 438.

niedriger als die, die im normalen Geschäftsverkehr zu erzielen gewesen wären. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, eine GmbH schon dann als nicht mehr lebensfähig anzusehen, wenn die Verwertung ihres Aktivvermögens unter den ungünstigen Verwertungsmöglichkeiten in einem Konkursverfahren nicht zu einer die Schulden deckenden Masse führt. Bei dieser Betrachtungsweise würden in nicht wenigen Fällen die Interessen der Gesellschafter an der Erhaltung des Unternehmens, die Interessen der Gläubiger an der Fortsetzung und die Belange Dritter an der Aufnahme geschäftlicher Beziehungen mit einer solchen GmbH mißachtet. Ebenso oft würde eine solche Handhabung Arbeitsplätze in einer Situation beseitigen, in der das vom Allgemeininteresse her nicht gerechtfertigt erschiene. Und dem Staat würde eine Steuerquelle endgültig verschüttet, die nur vorübergehend versickert war. Damit erweisen sich die Bewertungsgrundsätze, die bei der Aufstellung der Konkurseröffnungsbilanz gelten, als unbrauchbar. Sie sind bei der Überschuldungsbilanz nicht zu beachten ¹⁾.

1) Im Ergebnis ebenso Baier, Vermögensabgabe und Überschuldung, NJW 1956, S. 1304; Bley, § 2 Anm. 26; Düring, Die Bewertung im Falle des § 240 HGB, Kongreßarchiv 1936, S. 167; derselbe, Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungsumstellung, Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 193; Mathews, Zahlungsunfähigkeit, Zahlungseinstellung und Überschuldung im Konkurs- und Vergleichsrecht, Wege zu ihrer Ermittlung, Die Wirtschaftsprüfung 1950, S. 254; Warncke, Zur Frage der Überschuldung im Sinne des § 83 Abs. 2 Satz 2 AktG, Der Wirtschaftsprüfer 1949, S. 34; Wiesner, Der Konkurs der GmbH, ArchBürgR Band 28, S. 310; a.A. anscheinend Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 a.E. und Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, S. 27, Anm. 56, der aber nicht deutlich erkennen läßt, wann er die Einzelveräußerungswerte eines Zwangsverkaufs zugrunde legen will.

Schon näher liegt es, die Grundsätze für anwendbar zu halten, die für eine Liquidationseröffnungsbilanz (§ 71 Abs. 1 GmbHG) gelten ¹⁾. Zweck dieser Bilanz ist es zu zeigen, mit welchem verteilungsfähigen Überschuß die Gesellschafter rechnen können ²⁾. Diese Bilanz wird deshalb im Gegensatz zu den Erfolgsermittlungsbilanzen auch als Vermögensverteilungsbilanz bezeichnet ³⁾. Die Bewertungsgrundsätze, die bei der Erstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz beachtet werden müssen, gelten deshalb für die Liquidationseröffnungsbilanz nicht ⁴⁾. Das Reichsgericht vertrat die Ansicht, in die Liquidationseröffnungsbilanz seien Vermögensgegenstände mit dem Wert einzustellen, der sich bei einer Veräußerung als voraussichtlicher Erlös annehmen ließe. Dies sei der Verkaufswert ⁵⁾. Die heute herrschende Meinung nimmt bei der Liquidationseröffnungsbilanz eine Pflicht zur Neubewertung nur dort an, wo ein Festhalten an den Wertansätzen der Jahresbilanz bei den Aktiven zu hohe und bei den Passiven zu niedrige Wertansätze ergeben würde ⁶⁾.

Angesichts der Bewertungsschwierigkeiten und der Tatsache, daß es auch nicht im Interesse der Gesellschafter liegen kann, in der Liquidationseröffnungsbilanz einen Überschuß auszuweisen, der sich am Ende nicht in dieser Höhe ergibt, erscheint diese Auffassung vertretbar.

1) Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, S. 78 und 89.

2) Hachenburg-Schmidt, § 71 Anm. 4.

3) RGZ 80, 107; Hachenburg-Schmidt § 71 Anm. 4; Scholz, § 71 Anm. 2; Vogel, § 71 Anm. 2.

4) RGZ 80, 107; Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, Seiten 25 bis 27, 91 und 92; Hachenburg-Schmidt, § 71 Anm. 4.

5) RGZ 80, 107.

6) Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, S. 30 und 31 für die AG und S. 92 für die GmbH; Hachenburg-Schmidt, § 71 Anm. 4.

Diese, wenn auch begrenzte Möglichkeit, bewußt stille Reserven zu bilden, ist bei der Überschuldungsbilanz abzulehnen ¹⁾. Dieselben Interessen, deren Schutzwürdigkeit gebietet, die Grundsätze der Konkurseröffnungsbilanz nicht anzuwenden ²⁾, würden mißachtet, wenn der Konkurs über das Vermögen einer GmbH eröffnet wird, deren Überschuldung sich aus einer Bilanz ergibt, in der bewußt stille Reserven gebildet worden sind. Mit dieser Einschränkung geben die Regeln, die für die Liquidationseröffnungsbilanz gelten, einen Anhalt für die Überschuldungsbilanz ³⁾.

Bei der Bewertung der Gegenstände des Aktivvermögens dient als Richtlinie der Wert, der sich bei einer Veräußerung als voraussichtlicher Erlös annehmen läßt ⁴⁾.

Allerdings gebietet der Zweck der Überschuldungsfeststellung, bei der Bewertung von dem fiktiven Bruttoerlös die voraussichtlichen Veräußerungskosten abzusetzen. Nur insoweit ist ein zur Abdeckung der Schulden verwendbarer Erlös zu erwarten. Bei der Schätzung des voraussichtlichen Nettoerlöses sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Das gilt jedoch nicht von der Erwartung, es könne auf Grund der erst noch festzustellen-

-
- 1) Ebenso im Ergebnis Baier, Vermögensabgabe und Überschuldung, NJW 1956, S. 1304; Düring, Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungsumstellung, Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 193.
 - 2) Vgl. oben S. 44 ff.
 - 3) Ähnlich Dahl, Die Bewertung bei der Ermittlung der Überschuldung einer GmbH nach § 63 GmbHG, GmbH-Rdschau 1964, S. 112.
 - 4) Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, S. 31 ff, 78, 91 und 92; Wiesner, Der Konkurs der GmbH, ArchBürgR Band 28, S. 310; aus der betriebswirtschaftlichen Literatur siehe Biermann, Die Überschuldung als Voraussetzung zur Konkurseröffnung, S. 68; ebenso das Reichsgericht für die Feststellung der Überschuldung einer GmbH, die sich in Liquidation befindet; das Reichsgericht sieht dort diesen Wert in der Liquidationsbilanz für maßgebend an, RGZ 80, 107.

den Überschuldung nötig werden, ein Vergleichs- oder Konkursverfahren einzuleiten. Die dadurch bedingten Einbußen dürfen nicht vorweggenommen werden. Das würde in den meisten Fällen praktisch zur Aufstellung einer Konkurseröffnungsbilanz führen, deren Bewertungsgrundsätze hier nicht gelten können ¹⁾. Im übrigen sind Ereignisse und Umstände, die am Stichtag bereits vorlagen, zu berücksichtigen, auch wenn sie erst bei Aufstellung des Vermögensstatus bekannt geworden sind. Dagegen dürfen Ereignisse und Umstände, die erst nach dem Stichtag aufgetreten sind, nicht beachtet werden ²⁾. Die besonderen Verhältnisse im Einzelfall entscheiden auch darüber, welche Werte als Nettoveräußerungswerte in Betracht kommen, insbesondere, ob dabei von der Veräußerung der einzelnen Gegenstände des Aktivvermögens oder einzelner Sachgesamtheiten im gewöhnlichen Geschäftsverkehr oder von einer Veräußerung des Unternehmens im ganzen oder

1) Vgl. oben S.44 ff.

Ist jedoch ein Vergleichs- oder Konkursverfahren auf Grund einer Zahlungsunfähigkeit der GmbH unumgänglich, dann muß das berücksichtigt werden. Das ist kein Widerspruch. Hier trifft der Grund, der es rechtfertigt, die auf Grund der erst noch festzustellenden Überschuldung eintretende Entwicklung außer acht zu lassen, nicht zu, da die Geschäftsführer bei Zahlungsunfähigkeit verpflichtet sind, Konkurs- oder Vergleichsverfahrenseröffnung zu beantragen. Der Fall gewinnt praktische Bedeutung nur dann, wenn die Geschäftsführer die Anmeldepflicht schuldhaft verletzen und man zu dem Ergebnis kommt, daß die Haftungsfolgen bei Verletzung der Konkursantragspflicht im Fall der Zahlungsunfähigkeit nicht so weit gehen wie im Fall der Überschuldung.

2) Hierzu und zum Folgenden vgl. Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, S. 31 ff, 78, 91 und 92.

geschlossener Teile desselben auszugehen ist. Es wird deshalb bei der Bewertung nicht selten geboten sein, bei einigen Wirtschaftsgütern Einzelveräußerung (z.B. Wertpapiere, Warenvorräte), bei anderen Veräußerung von Sachgesamtheiten (z.B. Grundstücke mit Gebäuden, Fertigungsanlagen) anzunehmen. In seltenen Fällen wird es gerechtfertigt sein, auf Grund konkreter Anhaltspunkte von einer Veräußerung geschlossener Teile des Unternehmens (z.B. Zweigbetrieb) oder gar des Unternehmens im ganzen auszugehen. Hier erfolgt die Bewertung der einzelnen Wirtschaftsgüter mit dem Betrag, den der Erwerber des ganzen Unternehmens oder des betreffenden Teils im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde. Dieses Vorgehen ist aber auf Fälle zu beschränken, in denen mit einer derartigen Veräußerungsart zu rechnen ist. Andernfalls bestünde die Gefahr, daß durch die Bewertung der Zweck der Konkursantragspflicht vereitelt wird. Mit dieser Einschränkung ist immer die wahrscheinlichste Veräußerungsart zugrunde zu legen. Im Zweifel sind die Umstände anzunehmen, die zu den niedrigeren Wertansätzen führen.

In der Regel wird also von einer Einzelveräußerung ausgegangen werden müssen. Soweit es sich um marktgängige Wirtschaftsgüter handelt, bietet der Börsen- oder Marktpreis sicheren Anhalt. Als Bruttoveräußerungswert, von dem die zu erwartenden Veräußerungskosten abzusetzen sind, kommt höchstens der Wiederbeschaffungswert, mindestens der Materialwert (sogen. Schrottwert) in Betracht. Die Nettoveräußerungswerte können bei Gegenständen, bei denen vom Schrottwert auszugehen ist, auf null DM sinken, weil die Abbruchkosten den Schrottwert aufzehren oder übersteigen. Sind z.B. Maschinen mit dem Grund und Boden oder mit den Gebäuden fest verbunden und können sie nicht zum weiteren Gebrauch mit diesen zusammen veräußert werden, dann können die Abbruchkosten den Schrottwert übersteigen. In Höhe dieses Betrages werden sie den Veräußerungswert des betreffenden Grundstücks negativ beeinflussen ¹⁾.

¹⁾ Siehe z.B. Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, Seiten 33, 34, 78, 91 und 92.

Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter sind mit dem Wert anzusetzen, der nach der Leistungsfähigkeit der einzelnen Gesellschafter geboten ist. Als solche Ansprüche kommen z.B. in Betracht: Ansprüche wegen ausstehender Einzahlungen auf die Stammeinlagen ¹⁾ oder auf die Pflicht, einen Nachschuß zu leisten, dessen Anforderung bereits beschlossen ist und bezüglich dessen kein Abandonrecht der Gesellschafter (mehr) besteht, oder Ansprüche aus einem Ergebnisübernahmevertrag mit der Muttergesellschaft. Bei Ansprüchen wegen ausstehender Einzahlungen auf die Stammeinlage ist zu beachten, daß wegen der Ausfallhaftung der Anspruch erst dann nicht in voller Höhe anzusetzen ist, wenn die Bonität aller Verpflichteten dazu Anlaß gibt.

Fällige und sichere Forderungen sind mit dem Nennbetrag, zweifelhafte Forderungen mit entsprechend niedrigerem Wert und uneinbringliche Forderungen mit null DM anzusetzen ²⁾. Langfristige unverzinsliche oder besonders niedrig verzinsliche Forderungen sind abzuzinsen (Barwert). Ein in der Jahresbilanz aktiviertes Disagio oder Damnum ist ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten ³⁾, also kein verwertbarer Vermögensgegenstand und deshalb nicht in den Vermögensstatus aufzunehmen.

Besonders umstritten ist bei den Gegenständen des Aktivvermögens, wie die immateriellen Vermögenswerte und die eigenen Geschäftsanteile zu behandeln sind.

Bei den immateriellen Vermögenswerten wird zum Teil zwischen selbständig verwertbaren Rechten und solchen, für die das nicht zutrifft, unterschieden. Den nicht selbständig verwertbaren Rechten begegnet man unter Bezeichnungen wie Firmenwert, good will, know how, Organisationswert u.ä. Sie sind nach herrschender Meinung nicht berücksichtigungs-

1) Baumbach-Hueck, § 63 Anm. 1B; Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 a; Scholz, § 63 Anm. 6 Abs. 2 (S. 679); Vogel, § 64 Anm. 3 (S. 315 oben).

2) Entsprechend § 40 Abs. 3 HGB.

3) Vgl. dazu § 156 Abs. 3 Satz 1 AktG 1965 und Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, S. 68.

fähig ¹⁾). Das mag als inkonsequent für den Fall empfunden werden, in dem die besonderen Umstände eine Veräußerung des ganzen Unternehmens oder eines Teils erwarten lassen und der Erwerber, der das Unternehmen fortzusetzen gedenkt, einen Gesamtkaufpreis zu zahlen bereit ist, der die Werte der einzelnen Gegenstände des Aktivvermögens im Zeitpunkt der Übernahme übersteigen würde. Manche meinen, derartige Werte hätten deshalb außer Betracht zu bleiben, weil sie nur zusammen mit dem ganzen Unternehmen oder einem Teil verwertbar seien. Das Unternehmen als ganzes oder in sich geschlossene Teile desselben seien aber keine Befriedigungsobjekte für die Gläubiger ²⁾). Es lägen also keine greifbaren ³⁾, selbständig realisierbaren Werte ⁴⁾ vor. Diese Argumentation verdeckt die wahren Bedenken. Sie bestehen darin, daß derartige immaterielle Werte eigentlich einen durch das lebende Unternehmen erst noch zu erwirtschaftenden Ertrag vorwegnehmen. So wird der Firmenwert

1) So Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, S. 36 (Einschränkung aber S. 40!), 78, 91 und 92; Brodmann, § 64 Anm. 2 a a.E.; Düring, Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungsumstellung, Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 193; Mathews, Zahlungsunfähigkeit, Zahlungseinstellung und Überschuldung im Konkurs- und Vergleichsrecht, Wege zu ihrer Ermittlung, Die Wirtschaftsprüfung 1950, S. 255; vgl. auch Bley, § 2 Anm. 26, § 108 Anm. 9; und für das Aktienrecht: Brodmann, § 240 Anm. 1 f; Godin-Wilhelmi, § 83 Anm. 9; W. Schmidt, Großkom., § 83 Anm. 9; Teichmann-Kohler, § 83 Anm. 2 a; a.A. Baier, Vermögensabgabe und Überschuldung, NJW 1956, S. 1305, der seine Ansicht zu Unrecht als allgemeine Meinung bezeichnet; Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 (S. 441); Jaeger, §§ 207, 208 Anm. 3; Warncke, Zur Frage der Überschuldung im Sinne des § 83 Abs. 2 Satz 2 AktG, Der Wirtschaftsprüfer 1949, S. 34.

2) So z.B. Bley, § 2 Anm. 26.

3) So z.B. Godin-Wilhelmi, § 83 Anm. 9.

4) So z.B. Düring, Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungsumstellung, Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 193.

auch kurz als die Differenz des Ertragswerts und des Substanzwerts einer Unternehmung verstanden. Aber das schließt allein nicht aus, daß aus einer Realisierung derartiger Werte die Schulden der GmbH gedeckt werden könnten. Gleichwohl ist der herrschenden Meinung zu folgen. Denn würde man die Berücksichtigung derartiger Werte zulassen, dann würde eine große Unsicherheit in die ohnehin schwierige und gerade in Grenzfällen keineswegs sichere Feststellung der Überschuldung getragen. Denn nur in Grenzfällen, in denen eine Veräußerung im ganzen sicher bevorsteht, wird es überhaupt möglich sein, derartige immaterielle, selbständig nicht verwertbare Wirtschaftsgüter mit mehr als null DM zu bewerten. Derartige Werte berücksichtigen, hieße die Interessen der Gläubiger und Dritter gefährden. Das wiegt schwerer als die Gefahr, es könnten durch die Nichtberücksichtigung solcher Werte noch lebensfähige Gesellschaften sinnlos in die Zwangsliquidation getrieben werden. Dagegen sind selbständig verwertbare immaterielle Gegenstände des Aktivvermögens ¹⁾ unter Umständen zu berücksichtigen. Das wird von ihrer Restlaufzeit und von den gegebenen Verwertungsmöglichkeiten am Absatzmarkt abhängen. Immerhin sind hier Fälle denkbar, die einen Ansatz dieser Gegenstände in der Überschuldungsbilanz rechtfertigen ²⁾.

Eigene Geschäftsanteile sind nach umstrittener Meinung nicht in die Überschuldungsbilanz aufzunehmen ³⁾. Sie

-
- 1) Z.B. Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster.
 - 2) Düring, Die Überschuldung als Konkursgrund und die Währungs umstellung, Die Wirtschaftsprüfung 1949, S. 193; Mathews, Zahlungsunfähigkeit, Zahlungseinstellung und Überschuldung im Konkurs- und Vergleichsrecht, Wege zu ihrer Ermittlung, Die Wirtschaftsprüfung 1950, S. 254; Warneke, Zur Frage der Überschuldung im Sinne des § 83 Abs. 2 Satz 2 AktG, Der Wirtschaftsprüfer 1949, S. 34.
 - 3) Für Nichtberücksichtigung sind z.B. Bley, VerglO, § 108 Anm. 9; Brodmann, § 33 Anm. 2 h (S. 137 Mitte); für Berücksichtigung unter bestimmten Umständen sind z.B. Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 a; Scholz, § 63 Anm. 6 (S. 679 oben).

dürften, da sie rechnerisch den Anteil am Liquidationserlös verkörpern ¹⁾, in Situationen, die zur Aufstellung einer Überschuldungsbilanz Anlaß geben, wertlos sein. Würde man eigene Geschäftsanteile in der Überschuldungsbilanz ansetzen, würde dadurch praktisch ein anteiliger Ertragswert des Unternehmens aktiviert. Dagegen bestehen dieselben Bedenken wie gegen die Berücksichtigung eines Firmenwertes.

Bei der Bewertung der Schulden gilt der Geldbetrag als Richtlinie, der zur Tilgung der Schuld am Stichtag erforderlich wäre ²⁾.

Fällige Verbindlichkeiten sind deshalb mit dem Rückzahlungsbetrag anzusetzen, langfristige unverzinsliche oder niedrig verzinsliche Verbindlichkeiten sind abzuführen, langfristige hochverzinsliche Verbindlichkeiten dagegen entsprechend aufzuführen.

Für Verbindlichkeiten, deren tatsächliche Voraussetzungen am Stichtag gegeben, aber noch nicht hinreichend

1) Vgl. dazu Brodmann, § 33 Anm. 2 h (S. 137 unten) und grundlegend zum Wert eines Geschäftsanteils a.a.O., Anm. 2 h (Seiten 136 - 138).

2) So z.B. Wiesner, Der Konkurs der GmbH, ArchBürgR Band 28, S. 313; vgl. auch RG JW 1937, S. 3161; sehr bedenklich Hirsch, Zur Auslegung und Reform der Überschuldungsbestimmungen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Hueck, 1959, S. 312 - 314, der meint, daß die Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern, die an einem zunächst eröffneten und dann nach Rücknahme des Antrags wieder eingestellten gerichtlichen Vergleichsverfahren teilgenommen haben, nur mit dem Wert anzusetzen seien, mit dem diese Gläubiger diese Forderungen in ihren Bilanzen (§ 40 Abs. 2 HGB) anzusetzen hätten. Verallgemeinert man diesen Gedanken, dann wird der m.E. unrichtige Ansatzpunkt deutlich: Korrespondiert nämlich der Wertansatz der Verbindlichkeiten der GmbH mit dem Wert, den die Gläubiger ihren Forderungen gegen die GmbH beizulegen haben, dann ist eine Überschuldung der GmbH ausgeschlossen.

bekannt sind und deren Grund oder Höhe deshalb oder aus Rechtsgründen nicht mit Sicherheit festgestellt werden können, sind Rückstellungen zu bilden, soweit deren Bestand zu befürchten ist ¹⁾.

Besonders für die drohende Inanspruchnahme aus Bürgschaften, Schuldbeitritten, aus Wechsel- und Scheckerkklärungen, soweit sie nicht Hauptverpflichtungen begründet haben ²⁾, sind Rückstellungen zu bilden. Damit zusammenhängende Rückgriffsansprüche sind zu aktivieren. Sie gehören oft zu den zweifelhaften Forderungen und müssen entsprechend niedrig, gegebenenfalls mit null DM, bewertet werden.

Laufende Pensionen sind mit dem versicherungsmathematisch zu errechnenden Barwert anzusetzen ³⁾. Ist in der Versorgungszusage eine Vorbehaltsklausel enthalten, nach der die Pensionszahlungen entsprechend der Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens gekürzt werden können, dann ist das bei der Berechnung des Barwerts zu berücksichtigen ⁴⁾. Nach der heute herrschenden Meinung ist eine Kürzung auch ohne Vorbehaltsklausel dann möglich, wenn die Kürzung zusammen mit anderen Maßnahmen eine Rettung des gefährdeten Unternehmens möglich erscheinen läßt ⁵⁾.

Etwas anderes gilt für Pensionsanwartschaften. Sie sind noch keine Verbindlichkeiten, weil bei ihnen noch

-
- 1) Vgl. Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 b (S. 444 unten); hier kommen z.B. Gewährleistungsansprüche (wie sie vor allem in der Bauwirtschaft und ähnlichen Branchen vorkommen) in Frage.
 - 2) Insoweit besteht kein Zweifel an einer echten Belastung, so daß kein Raum für eine Rückstellung ist; es handelt sich um echte Schulden.
 - 3) Vgl. hierzu Heißmann, Die betriebliche Altersversorgung, S. 175.
 - 4) Zur Vorbehaltsklausel, vgl. Weiß-Hilger, Handbuch der betrieblichen Altersversorgung, Band I, S. 52 ff.
 - 5) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, § 52 VII 3 (S. 492 f).

nicht alle Voraussetzungen für die Entstehung des Zahlungsanspruchs vorliegen ¹⁾. Sie sind deshalb im Regelfall, bei dem bei der Bewertung von einer Einzelveräußerung der Gegenstände des Aktivvermögens ausgegangen wird, nicht als Schulden zu berücksichtigen. Etwas anderes gilt, wenn bei der Bewertung die Annahme zugrundegelegt wird, es werde das Unternehmen im ganzen oder ein selbständiger Teil des Unternehmens veräußert, und der Erwerber übernehme den oder die Pensionsanwärter und setze den Betrieb fort. Hier ist eine Rückstellung erforderlich, weil der Erwerber sich diese "Verpflichtungsübernahme" honorieren lassen wird.

Die Abgabeverpflichtungen nach dem Gesetz über den Lastenausgleich sind echte Schulden und deshalb bei der Feststellung der Überschuldung im Vermögensstatus zu passivieren. Das wird für die Kreditgewinnabgabe und Hypothekengewinnabgabe, soweit ersichtlich, nicht bestritten ²⁾.

Dagegen hat § 218 Abs. 1 LAG, wonach die Vermögensabgabe in den Jahreserfolgsbilanzen nicht passiviert zu werden braucht, in der Literatur Zweifel aufkommen lassen, ob das auch bei der Feststellung der Überschuldung gilt. Baier ³⁾ hält die Vermögensabgabe für eine Ertragsbelastung. Sie sei deshalb in dem Vermögensstatus zur Feststellung der Überschuldung nicht zu passivieren. W. Schmidt ⁴⁾

1) Z.B. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, § 52 IV (S. 483 f).

2) Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 b (S. 445).

3) Baier, Vermögensabgabe und Überschuldung, NJW 1956, S. 1305, der übersieht, daß bei § 30 GmbHG die Bewertungsvorschriften der Jahresbilanz gelten, also auch § 218 Abs. 1 LAG, und daß sich eine Überschuldung zwar in der Regel schon aus einer Jahresbilanz ergeben wird, wenn sie im Sinne der §§ 63, 64 Abs. 1 GmbHG vorliegt, dies aber nicht der Fall zu sein braucht.

4) Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 b (S. 445).

will eine Überschuldung jedenfalls dann nicht annehmen, wenn sie sich nur dadurch ergebe, daß die Vermögensabgabeschuld mit ihrem Zeitwert als Verbindlichkeit angesetzt werde, die Ertragslage der Gesellschaft die Zahlung der später fällig werdenden Vierteljahresbeträge aber in Zukunft als gesichert erscheinen lasse. Diese Einschränkung sei geboten, weil anderenfalls die vom Gesetz nicht geforderte Passivierung praktisch hinfällig würde.

Es kann nicht darauf ankommen, daß sich die Vermögensabgabe wirtschaftlich in der Regel nur als Belastung des jährlichen Ertrags auswirkt. Denn wird sie in der Jahresbilanz mit ihrem vollen Gegenwartswert passiviert, was durch § 218 Abs. 1 LAG nicht ausgeschlossen ist, so gilt das nur für den in den Vierteljahresbeträgen enthaltenen Zinsanteil. Die Vermögensabgabe entspricht dann ihrer buchmäßigen Behandlung einem Amortisationsdarlehn, auf das bis zur vollständigen Rückzahlung ebenfalls gleichbleibende Jahresleistungen, die sich aus Zinsen und Tilgungsbeträgen zusammensetzen, erbracht werden. Die Vermögensabgabeschuld besteht unabhängig von der Ertragslage der Gesellschaft. Das zeigen die Vorschriften, nach denen die sofortige Fälligkeit der Vermögensabgabeschuld angeordnet werden kann oder kraft Gesetzes eintritt. So kann das Finanzamt die sofortige Fälligkeit des Vermögensabgabeanpruchs anordnen, wenn der Abgabeschuldner mit mindestens vier Vierteljahresbeträgen an Vermögensabgabe (oder an Vorauszahlungsbeträgen) im Rückstand ist, ohne daß die Beträge gestundet worden sind (§ 50 Abs. 1 Halbsatz 1 LAG) oder, wenn Gründe vorliegen, aus denen der Eingang der später fällig werdenden Vierteljahresbeträge gefährdet erscheint (§ 50 Abs. 1 Halbsatz 2 LAG). Das Finanzamt hat von der Anordnung der sofortigen Fälligkeit abzusehen oder diese aufzuheben, wenn der Abgabeschuldner die bestehenden Rückstände tilgt und für die später fälligen Vierteljahresbeträge ausreichende Sicherheit leistet (§ 52 Abs. 2 LAG). Kraft Gesetzes tritt die sofortige

Fälligkeit durch die Eröffnung des Konkursverfahrens (§ 63 Abs. 1 LAG iVm § 65 KO) oder des Vergleichsverfahrens (§ 30 VerglO) ein. In all diesen Fällen ist die Vermögensabgabeschuld mit ihrem Zeitwert (§ 77 LAG) anzusetzen. Ebenfalls kraft Gesetzes wird die Vermögensabgabeschuld sofort fällig, wenn u.a. eine Kapitalgesellschaft, die Vermögensabgabe schuldet, aufgelöst wird (§§ 52 Abs. 1, 16 Abs. 1 Ziff 2 Buchstabe a) LAG). Das gleiche gilt, wenn eine natürliche Person, die Vermögensabgabe schuldet, ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Geltungsbereich des Grundgesetzes oder in Berlin (West) aufgibt oder aufgegeben hat (§ 51 Abs. 1 LAG), oder wenn der Erbe eines Abgabeschuldners beschränkt für die Vermögensabgabeschuld haftet (§ 69 Abs. 4 Satz 2 LAG). Schließlich kann der Abgabeschuldner ebenso wie bei der Hypothekengewinnabgabe und Kreditgewinnabgabe noch nicht fällige Leistungen auf die Vermögensabgabe jederzeit ganz oder in Teilen ablösen (§ 199 Abs. 1 LAG). In all diesen Fällen ist der Ablösungswert (§ 199 Abs. 2 bis 4 LAG), nicht der Zeitwert maßgebend. Diese Vorschriften ¹⁾ lassen erkennen, daß die Vermögensabgabe echten Schuldcharakter hat. Dementsprechend hatte sich auch der Regierungsentwurf in § 181 für die Bilanzierungspflicht der Vermögensabgabe in der Jahresbilanz entschieden ²⁾. Der Bundestag hat dann aus praktischen Erwägungen eine Passivierung nicht zwingend vorgesehen. Es wurde befürchtet, die Passivierung der Vermögensabgabe würde in vielen Fällen zu einer Herabsetzung der Nennkapitalien führen, die gerade erst nach dem DM-Bilanzgesetz neu festgesetzt worden waren. Den betreffenden Unternehmen sollte eine solche Neufestsetzung erspart werden. Andererseits glaubte man auch, daß sich im Ergebnis fast immer eine Herabset-

1) Vgl. im übrigen z.B. § 60 LAG (Schuldübernahme).

2) Vgl. hierzu die Begründung, abgedruckt in Die Lastenausgleichsgesetze, Band I/2, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über einen allgemeinen Lastenausgleich, herausgegeben vom Bundesminister für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte, Bonn 1966, S. 802 f.

zung des Nennbetrages des Kapitals erübrigen werde, da die Abgabeschuldner in der Lage sein würden, die Vermögensabgabe aus den Vermögenserträgen oder sonstigen Gewinnen zu bezahlen. Falls die Vermögensabgabeschuld nicht passiviert werde, gehe auch der in den Vierteljahresbeträgen enthaltene Kapitalanteil voll zu Lasten des in der Jahresbilanz auszuweisenden Gewinns, was wiederum die Gewinnausschüttungen bremse und der Liquidität der Unternehmen zugute komme ¹⁾. Daraus ergibt sich jedoch nicht eine Ertragsabhängigkeit derart, daß die Vermögensabgabe nur geschuldet werde und bezahlt werden müsse, wenn ein entsprechender Ertrag tatsächlich vorhanden ist. Die Vermögensabgabeschuld ist deshalb bei Feststellung der Überschuldung als echte Verbindlichkeit zu behandeln ²⁾. Sie ist mit dem Ablösungswert (§ 199 Abs. 2 bis 4 LAG) ³⁾ zusätzlich der rückständigen Vierteljahresbeträge anzusetzen. Ist dagegen das Finanzamt nach § 50 Abs. 1 LAG berechtigt, die sofortige Fälligkeit anzuordnen, oder hat es sie schon angeordnet, so ist der Zeitwert (§ 77 LAG) ³⁾ maß-

1) Vgl. hierzu Harmening, Lastenausgleich, § 218
Vorbemerkung 4 mit weiteren Nachweisen.

2) So z.B. Adler, Die Abwicklungsbilanzen der Kapitalgesellschaft, Seiten 71,72,78; Harmening, Lastenausgleich, § 218 Vorbem. 4; Kühne-Wolff, Die Gesetzgebung über den Lastenausgleich, Ausgabe A, § 218 Anm. 11; v.Krosigk, Überschuldung einer Kapitalgesellschaft durch die Vermögensabgabe nach LAG, NJW 1956, S.324 bis 326;
grundsätzlich auch Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 b (S. 445), dessen Ausnahmefall nach dem Gesagten aber nicht zu billigen ist; Scholz, § 63 Anm. 6 Abs. 4 (S. 679).

3) Der Ablösungswert liegt wegen des höheren Zinsfußes, der bei seiner Berechnung zugrunde zu legen ist, unter dem Zeitwert; vgl. hierzu Harmening, Lastenausgleich, § 50 Anm. 1, RdZ 1 a.

gebend. Das letztere wird unter den Umständen, die zur Überschuldungsprüfung Anlaß geben, häufig der Fall sein ¹⁾.

Entsprechendes gilt für die Kreditgewinnabgabeschuld und Hypothekengewinnabgabeschuld. Sie sind mit ihrem Ablösungswert (§ 199 Abs. 2 bis 4 LAG) zuzüglich der rückständigen Vierteljahresbeträge anzusetzen. Ist das Finanzamt berechtigt, nach § 177 LAG die sofortige Fälligkeit der Kreditgewinnabgabe anzuordnen, oder hat es sie schon angeordnet, dann ist die Abgabeschuld in ihrer jeweiligen Höhe maßgebend.

Soweit ein Anspruch der Gesellschaft auf Erlass der Lastenausgleichsabgabeschuld(en) besteht ²⁾, ist dieser in den Vermögensstatus unter den Gegenständen des Aktivvermögens aufzunehmen. Setzt ein solcher Erlass eine Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde voraus, so besteht ein solcher Anspruch nur, wenn jede andere Entscheidung als der Erlass ermessensfehlerhaft wäre (Ermessensreduzierung auf null) ³⁾.

Für Verbindlichkeiten, die die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern auf Grund echter Drittbeziehungen

-
- 1) (Hachenburg-)Schmidt, § 63 Anm. 5 b (S.445), hält, ohne diese Differenzierung zu machen, den Zeitwert (§ 77 LAG) für entscheidend, was von seinem Standpunkt, wonach bei Feststellung der Überschuldung schon zu berücksichtigen ist, daß sie u.U. vorliegt und ein Insolvenzverfahren eingeleitet werden muß, wegen § 63 Abs. 1 LAG iVm § 65 KO, § 30 VerglO folgerichtig ist.
Krosigk, Überschuldung einer Kapitalgesellschaft durch die Vermögensabgabe nach LAG, NJW 1956, S. 326: Zeitwert, in seltenen Fällen Ablösungswert (dort zu eng); Kühne-Wolff, Die Gesetzgebung über den Lastenausgleich, Ausgabe A, § 218 Anm. 11: Zeitwert; Harmening, Lastenausgleich, § 218 Vorbem. 4.
 - 2) Vgl. hierzu v. Bornhaupt, Der Erlass von Lastenausgleichsabgaben aus Billigkeitsgründen.
 - 3) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 31 II e 2., der auch von Ermessensschumpfung spricht, mit weiteren Nachweisen.

(z.B. Kauf, Tausch) hat, gilt nichts Besonderes ¹⁾. Be-
stritten ist dagegen die Behandlung von Schulden, die
ihren Grund in der Stellung der Gesellschafter als solcher
haben und deshalb dem bedingten Auszahlungsverbot ²⁾ des
§ 30 Abs. 1 GmbHG unterliegen.

Nach § 30 Abs. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des
Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft
nicht an die Gesellschafter "ausgezahlt" ³⁾ werden ⁴⁾.

Die wohl herrschende Meinung will auch diese An-
sprüche der Gesellschafter, wenn sie wirksam entstanden
sind, bei der Feststellung der Überschuldung als echte
Verbindlichkeiten ansetzen ⁵⁾.

Dagegen wird jedenfalls hinsichtlich beschlossener
Gewinnausschüttungen (§ 46 Ziff 1 GmbHG) ⁶⁾ und be-
schlossener Rückzahlung von Nachschüssen (§§ 46 Ziff 3,
30 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GmbHG) von W. Schmidt ⁷⁾ die

- 1) Vgl. insoweit oben S. 53 ff.; zur Behandlung von "kon-
kursabwendenden" Gesellschafterdarlehn vgl. unten
S. 129, 131 ff., 150 ff.
- 2) Der Ausdruck "Zahlung" ist zu eng und wird von der h.M.
und Rechtsprechung zu Recht sehr weit ausgedehnt; ent-
scheidend ist, daß keine Minderung des zur Erhaltung
des Stammkapitals erforderlichen Reinvermögens ein-
tritt, siehe z.B. Baumbach-Hueck, § 30 Anm. 2 C und D.
- 3) Siehe Voranmerkung.
- 4) Vgl. im übrigen auch: §§ 30 Abs. 2 Satz 1; 33 Abs. 2;
34 Abs. 3 GmbHG und die grundsätzlichen Ausführungen
von Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung
bei Kapitalgesellschaften, S. 89 ff und 170 ff.
- 5) So z.B. Baumbach-Hueck, § 63 Anm. 1 B für Ansprüche
auf fälligen Gewinn, Rückzahlung von Nachschüssen oder
Einlagen; ebenso Brodmann, § 64 Anm. 2; Scholz, § 63
Anm. 6 Abs. 2 (S. 679); Vogel, § 64 Anm. 3 Abs. 2
(S. 315).
- 6) Auch diese unterliegen § 30 Abs. 1 GmbHG, siehe Baller-
stedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapital-
gesellschaften, S. 90 f, mit weiteren Nachweisen; Baum-
bach-Hueck, § 29 Anm. 2 B a.E.; Brodmann, § 29 Anm.
1 d.
- 7) (Hachenburg-)Schmidt, § 63 Anm. 5 b (S. 444).

Meinung vertreten, daß diese Ansprüche der Gesellschafter im Hinblick auf § 30 Abs. 1 GmbHG eine Überschuldung nicht herbeiführen könnten.

Zwar sind die genannten Ansprüche der Gesellschafter, wenn wirksam entstanden, nur in ihrer Durchsetzbarkeit gehemmt, solange das Reinvermögen im Zeitpunkt der Zahlung den Nennbetrag des Stammkapitals nicht erreichen oder soweit es durch die Zahlung unter diesen Nennbetrag sinken würde ¹⁾. Man könnte deshalb meinen, es läge also eine echte Verbindlichkeit vor, die - unabhängig von ihrer zeitweisen Undurchsetzbarkeit - bei der Überschuldungsfeststellung berücksichtigt werden müsse.

Auf derartige Überlegungen kann es aber allein nicht ankommen. Es ist vielmehr zu prüfen, ob eine Berücksichtigung derartiger Ansprüche der Gesellschafter bei Feststellung der Überschuldung durch die Interessen gefordert wird, die durch die Konkursantragspflicht geschützt werden sollen.

Diese Interessen ²⁾ werden aber nicht dadurch gefährdet, daß Ansprüche der Gesellschafter, die dem bedingten Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG unterliegen, bei der Feststellung der Überschuldung außer Betracht bleiben. Liegen nämlich die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 GmbHG vor, dann führt das, solange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, zu einer vorkonkursrechtlichen Bindung des Gesellschaftsvermögens im Verhältnis der Gesellschafter zu den Gesellschaftsgläubigern. Ist aber das Konkursverfahren eröffnet, dann gehen alle sonstigen Konkursforderungen den Ansprüchen der Gesellschaft vor, die dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG unterliegen ³⁾. Eine Berücksichtigung

1) Vorausgesetzt, die Geschäftsführer beachten die Vorschrift des § 30 Abs. 1 GmbHG. Bei einem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG gilt § 31 GmbHG. Über weitere Ansprüche vgl. z.B. Hachenburg-Schmidt, § 31 Anm. 12.

2) Vgl. dazu oben S.31 f.

3) Baumbach-Hueck, § 29 Anm. 2 B a.E.; Brodmann, § 29 Anm. 1 d; Feine, S. 673 mit weiteren Nachweisen für und wider; Scholz, § 63 Anm. 5 a.E.

sichtigung von Ansprüchen der Gesellschafter, die dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG unterstehen, erscheint deshalb bei der Überschuldungsfeststellung jedenfalls nicht aus Gläubiger- und Drittinteressen geboten. Eine gewisse Gefährdung dieser Interessen darf jedoch nicht übersehen werden. Sie kann darin liegen, daß sich Geschäftsführer unter Umständen eher über das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG hinwegsetzen werden, wenn sie noch nicht den Kontrollen des gerichtlichen Vergleichsverfahrens unterstehen, und eher auch als ein neutraler Konkursverwalter. Weiter ist zu beachten, daß der Anspruch aus § 31 GmbHG, den die Gesellschaft bei Verletzung des § 30 GmbHG gegen den Empfänger der verbotswidrigen Leistung hat, trotz der hilfsweisen Haftung der übrigen Gesellschafter (§ 31 Abs. 3 GmbHG) im Einzelfall wertlos sein kann ¹⁾. Das allein wird aber die Berücksichtigung derartiger Ansprüche der Gesellschafter im Gläubiger- und Drittinteresse noch nicht rechtfertigen.

Da auch Staatsinteresse und Allgemeininteresse nichts anderes fordern, kommt es in erster Linie darauf an, ob die Konkursantragspflicht bei Überschuldung auch die Interessen der Gesellschafter bezüglich derartiger Ansprüche schützen will. Es wird die Meinung vertreten, daß die Konkursantragspflicht auch die Interessen der Gesellschafter schützen soll ²⁾. Man wird aber weiter fragen müssen, ob wirklich eine GmbH allein deshalb in Konkurs gehen und beendet werden soll, weil Ansprüche der Gesellschafter auf Gewinnausschüttung und auf Rückzahlung geleisteter Nachschüsse bestehen. Es spricht vieles dafür, hier den Interessen der Gläubiger und Dritter (potentiell-

1) Trifft die Geschäftsführer ein Verschulden, dann haften sie der Gesellschaft außerdem gesamtschuldnerisch für den der Gesellschaft entstandenen Schaden (§ 43 Abs. 3 GmbHG).

2) Siehe z.B. Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1 C; Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 21; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 12.

ler Geschäftspartner) an der Erhaltung des Unternehmens, dem Interesse des Staates an der Erhaltung einer Steuerquelle und dem der Allgemeinheit an der Erhaltung volkswirtschaftlicher Werte, insbesondere der Erhaltung von Arbeitsplätzen, den Vorzug zu geben. Man tut dadurch wohl nur selten den Interessen der Gesellschafter ernsthaft Gewalt an. Denn die Eröffnung des Konkursverfahrens dürfte in der Regel ein aussichtsloser Weg sein, diese Ansprüche der Gesellschafter, die nach allen anderen Konkursforderungen rangieren, durchzusetzen. Ebenso würde es der in § 30 Abs. 1 GmbHG zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Wertung zuwiderlaufen, wenn ein Teil der Gesellschaftsgläubiger wegen derartiger Ansprüche der Gesellschafter einem Teilerlaß ihrer Forderungen im gerichtlichen Vergleichsverfahren zustimmen sollte. Es spricht also vieles für die von Schmidt ¹⁾ vertretene Auffassung. Ihr ist zu folgen.

Die in den Jahresbilanzen auf der Passivseite ausgewiesenen Eigenkapitalkonten sind in der Überschuldungsbilanz nicht anzusetzen. Zu ihnen zählen die Posten Stammkapital, Nachschußkapital und Rücklagen ²⁾. Soweit die Rücklagen auf Grund von Sondervorschriften aus nichtversteuerten Gewinnen gebildet worden sind, muß in Höhe der nach den besonderen Umständen zu erwartenden steuerlichen Belastung eine Rückstellung gebildet werden ³⁾.

Die Gesellschaft ist also überschuldet, wenn ihre Verbindlichkeiten nicht mit den Mitteln, die nach einer Versilberung der am Stichtag selbständig verwertbaren Gegenstände des Aktivvermögens vorhanden wären, erfüllt werden könnten. Dabei sind alle gegebenen Verhältnisse und

1) (Hachenburg-)Schmidt, § 63 Anm. 5 b (S. 444).

2) Allgemeine Meinung, vgl. z.B. Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 b; BGHSt 15, 309.

3) Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 b .

besonderen Umstände zu berücksichtigen, auch soweit sie nur für die Gesellschaft gelten, deren Überschuldung geprüft wird. Das gilt nicht für die erst auf Grund der noch festzustellenden Überschuldung mögliche Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens und die dadurch unter Umständen bedingten Werteinbußen. Ansprüche der Gesellschafter, soweit sie dem bedingten Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG unterliegen, werden bei der Gesellschaft nicht als Verbindlichkeiten berücksichtigt.

§ 2 Das Erfordernis, daß sich die Überschuldung bei Aufstellung einer Jahres- oder Zwischenbilanz ergibt

Nach § 64 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG besteht die Konkursantragspflicht, "wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt", daß die Gesellschaft überschuldet ist. Es fragt sich, was diese Einschränkung bedeuten soll.

Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes ¹⁾ und ein Vergleich mit § 49 Abs. 3 GmbHG ²⁾ zeigen, daß der Ge-

1) § 64 Abs. 1 GmbHG lautete bis 1930 wie folgt:

"Die Geschäftsführer haben die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen, sobald ... aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz Überschuldung sich ergibt."; vgl. § 64 Abs. 1 GmbHG von 1892 (RGBl. 1892, S. 477 (494)).

2) Danach haben die Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn "aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz sich ergibt, daß die Hälfte des Stammkapitals verloren ist." Hier gelten nach richtiger Ansicht die Bewertungsgrundsätze für Jahresbilanzen (§ 42 GmbHG), wonach stille Reserven gebildet werden können, denn es liegt nur im Interesse der Gesellschafter, dem die Vorschrift des § 49 Abs. 3 GmbHG dient, wenn sie so früh wie möglich von einer sich anbahnenden Krise erfahren; so im Ergebnis Hachenburg-Schmidt, § 49 Anm. 11 unter Hinweis auf die h.M. für die entsprechende Frage im Aktienrecht; dagegen für Auflösung auch stiller Reserven Brodmann, § 49 Anm. 3; Baumbach-Hueck, § 49 Anm. 3 C; Scholz, § 49 Anm. 8, vermittelnd: Steuerbilanz (die Steuerbilanz läßt bekanntlich in bestimmten Grenzen stille Reserven zu); wie Scholz auch Vogel, § 49 Anm. 2.

setzgeber bewußt die neue Formulierung ¹⁾ "bei Aufstellung ..." gewählt hat. Wie sich aus der entsprechenden Klarstellung der aktienrechtlichen Vorschrift und ihrer Begründung ²⁾ ergibt, sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, daß bei der Prüfung, ob das Vermögen der Gesellschaft noch die Verbindlichkeiten deckt, nicht die Bewertungsgrundsätze des § 42 GmbHG gelten. Man kann deshalb - das haben die vorhergehenden Ausführungen gezeigt ³⁾ die Überschuldung nicht ohne weiteres aus der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ablesen. Diese Bilanzen dienen in erster Linie der Ermittlung des Gewinns eines bestimmten Zeitraumes. Um die Überschuldung festzustellen, muß vielmehr ein besonderer Vermögensstatus aufgestellt werden. Die stillen Reserven sind unter Neubewertung der Vermögensgegenstände und Schulden aufzulösen ⁴⁾.

Ein Vergleich mit § 90 Abs. 2 Satz 2 AktG 1965 ⁵⁾, der die Einschränkung "bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz" nicht mehr enthält, im übrigen aber § 64 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG entspricht, wirft die hier näher zu untersuchende Frage auf, was diese Abweichung in den sonst gleichen Vorschriften bedeutet.

Literatur und Rechtsprechung lassen keine einheitliche Linie erkennen.

Am weitesten geht die Ansicht von W. Schmidt ⁶⁾. Die Konkursantragspflicht bestehe mit der Tatsache der Über-

1) Die Änderung erfolgte für das GmbHG durch Gesetz vom 25.3.1930, Art. IV Ziff. 1, 2 (RGBl. I, S. 93 (94)) und für das Aktienrecht durch das HGB von 1897.

2) Denkschrift zum HGB, S. 151.

3) Vgl. dazu oben S. 42 ff.

4) Siehe Voranmerkung.

5) = § 83 Abs. 2 AktG 1937.

6) Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 4.

schuldung. Da sowohl die zivilrechtliche Haftung als auch die Strafbarkeit Verschulden voraussetze, könnten hierdurch die besonderen Umstände, die die Nichtaufstellung einer Zwischenbilanz und die sich daraus ergebenden Folgen entschuldbar erscheinen ließen, berücksichtigt werden. Die Geschäftsführer dürften es nicht in der Hand haben, sich durch Unterlassen der Aufstellung einer Zwischenbilanz der Verantwortung zu entziehen, weil dies nicht Sinn des Gesetzes sein könne ¹⁾ und durch die jetzige Fassung des § 83 Abs. 2 AktG 1937 ²⁾ widerlegt sei. Ähnlich ist auch die Ansicht von Klug ³⁾. Es könne nicht der Sinn der §§ 64, 84 GmbHG sein, daß die Geschäftsführer dadurch straffrei blieben, daß sie es nicht nur pflichtwidrig unterließen, den Konkursantrag zu stellen, sondern außerdem pflichtwidrig nicht bilanzierten. Ein Teil des Schrifttums hält die Geschäftsführer jedenfalls dann für verpflichtet, den Konkurs zu beantragen, wenn sie die Überschuldung kennen, gleichviel, ob sie eine förmliche Bilanz aufgestellt haben oder nicht ⁴⁾.

Dagegen verlangen die Rechtsprechung ⁵⁾ und ein Teil des Schrifttums ⁶⁾, daß eine Bilanz aufgestellt sein müsse. Die Überschuldung müsse durch sie erwiesen und aus ihr erkennbar sein ⁷⁾. Andererseits werden an die Form der Bilanz keine strengen Anforderungen gestellt ⁸⁾.

1) Aus dem älteren Schrifttum ähnlich Brodmann, § 64 Anm. 3 a; § 84 Anm. 1 a und Feine, S. 637 Anm. 53.

2) = § 90 Abs. 2 AktG 1965.

3) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 4.

4) Scholz, § 64 Anm. 4 Abs. 2.

5) RGSt 44, 48 (51); RG JW 1927, S. 1379 und 1380; BGH Der Betriebsberater 1958, S. 891.

6) Erbs-Kohlhaas, § 84 Anm. 2 B.

7) So RGSt 44, 51.

8) So RGSt 44, 50: "Zettel".

Was der Gesetzgeber sich bei dieser Einschränkung gedacht hat, ergibt sich nicht mit voller Klarheit aus den Materialien ¹⁾. Nur soviel ist sicher, daß die spätere Änderung des Wortlauts in "bei der Aufstellung der Jahresbilanz ..." klarstellen sollte, daß bei Feststellung der Überschuldung andere Bewertungsgrundsätze gelten als bei den Gewinnermittlungsbilanzen ²⁾.

Solange § 64 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG noch verlangte, daß sich die Überschuldung "aus der Jahresbilanz ..." ergibt, sah die Rechtsprechung die Bedeutung dieser Regelung darin, "daß der Sache nach Überschuldung eingetreten sein muß, daß es aber nicht genügen soll, deren Vorhandensein und das lediglich auf innere Vorstellungen beruhende Bewußtsein der Geschäftsführer von ihr für die in Betracht kommende Zeit im Prozeßwege nachträglich festzustellen, sondern daß als weitere gesetzliche Voraussetzung für die in § 64 a.a.O. bezeichnete Antragspflicht zu der Tatsache vorhandener Überschuldung noch deren Erweislichkeit durch eine aufgestellte Bilanz oder deren Erkennbarkeit aus dieser Bilanz hinzutreten muß" ³⁾. Wenn der BGH ⁴⁾ an dieser Auslegung der Vorschrift festhält, dann berücksichtigt er nicht genügend die inzwischen eingetretene textliche Änderung der Vorschrift. Aus ihr ergibt sich zugleich, daß die Jahresbilanz oder eine Zwischenbilanz in der Regel wegen der anderen Wertansätze die Überschuldung nicht selbst "erweisen" und "erkennen lassen" kann. Um die Überschuldung zu erweisen und erkennbar zu machen, ist deshalb eine Jahresbilanz oder Zwischenbilanz weder erforderlich noch ausreichend. Diese Aufgabe kann

1) Sten.Ber., 8.Verh., I.Sess. 1890/92, 5.Anlageband Nr. 660, Seiten 3756 f zu §§ 63, 64.

2) Vgl. S.42 ff.

3) So RGSt 44,51.

4) So BGH Der Betriebsberater 1958, S. 891.

allein ein besonderer Vermögensstatus erfüllen ¹⁾. Das Gesetz fordert ihn nicht in einer bestimmten Form. Es genügt deshalb, wenn er auf einem "Zettel" ²⁾, in einem Rundschreiben an die Gläubiger ³⁾, aber auch, wenn er mündlich von dem Geschäftsführer selbst ⁴⁾ oder ihm gegenüber oder gar nur im Kopf des Geschäftsführers ⁵⁾ aufgemacht wird. Kennt der Geschäftsführer die Überschuldung, dann muß er den Antrag stellen ⁶⁾.

Der Sinn der Einschränkung ist eine Privilegierung der Geschäftsführer einer GmbH gegenüber dem Vorstand einer AG. Sie sollen nicht gezwungen sein, sich laufend zu fragen, ob die Gesellschaft überschuldet ist, um dadurch persönliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung zu vermeiden ⁷⁾. Es ist also scharf zu unterscheiden zwischen dem Ereignis, das die Geschäftsführer veranlassen soll, die Überschuldung zu prüfen, und der Form, in der diese Prüfung zu erfolgen hat. Jede Aufstellung einer Jahresbilanz oder Zwischenbilanz ⁸⁾ verpflichtet die Geschäftsführer, die Vermögenslage der Gesellschaft zu prüfen. Das hat in der Form der Gegenüberstellung der Aktiven und Verbindlichkeiten zu den "wahren" Werten zu geschehen.

1) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 42 ff.

2) So RGSt 44, 50 f.

3) So RG GA 54, S. 417.

4) Scholz, § 54 Anm. 4 Abs. 2 a.E.

5) Hachenburg, § 64 Anm. 4 a.E.

6) So RG JW 1910, S. 120.

7) Ebenso Baier, Vermögensabgabe und Überschuldung, NJW 1956, S. 1303.

8) Zu weitgehend Baier, a.a.O., der verlangt, daß die Jahres- oder Zwischenbilanz selbst eine Überschuldung ausweisen muß, um die Aufstellung eines Vermögensstatus zu veranlassen; allerdings wird wegen stiller Reserven eine Gewinnermittlungsbilanz in der Regel eher eine Überschuldung ausweisen als ein Vermögensstatus; das bestreitet allerdings Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, S. 27 unten; wie hier z.B. Buchwald, Die Bewertung des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der GmbH, GmbHRRdsch 1957, S. 34.

Immer, aber auch nur dann, wenn die Geschäftsführer eine Jahresbilanz oder eine Zwischenbilanz aufstellen, aufstellen lassen oder eine von Dritten aufgestellte Bilanz als solche anerkennen ¹⁾, sollen sie gleichzeitig prüfen, ob die Gesellschaft überschuldet ist. Auch wenn sie "bei dieser Gelegenheit" ²⁾ einen Vermögensstatus nicht oder nicht richtig aufstellen, ist die Antragspflicht entstanden, wenn sich bei ordnungsgemäßer Prüfung Überschuldung ergeben hätte.

Aus diesem Zweck der Vorschrift ergibt sich auch eine sinnvolle Regelung der Fälle, in denen die Geschäftsführer es unterlassen, eine Jahresbilanz oder Zwischenbilanz aufzustellen und ihnen andererseits auch nicht bekannt ist, daß die Gesellschaft bereits überschuldet ist.

Nach § 41 Abs. 2 und 3 GmbHG sind die Geschäftsführer verpflichtet, für das verflossene Geschäftsjahr eine Bilanz aufzustellen, und zwar in der Regel innerhalb der ersten drei Monate des laufenden Geschäftsjahres. Diese Bilanzierungspflicht soll u.a. im Interesse der Gesellschaftsgläubiger dafür sorgen, daß die Aufstellung der Jahresbilanz nicht ungebührlich verzögert wird, weil sich bei ihr die Pflicht für die Geschäftsführer nach § 64 Abs. 1 GmbHG ergeben kann, den Konkursantrag zu stellen ³⁾.

Verletzen die Geschäftsführer diese Bilanzierungspflicht, indem sie es unterlassen, in dem genannten Zeitraum eine Jahresbilanz aufzustellen, dann entsteht die Konkursantragspflicht gleichwohl, wenn die Überschuldung während des gesamten Zeitraumes, in dem die Jahresbilanz hätte aufgestellt werden müssen, bestanden hat. Hätten die Geschäftsführer, wozu sie verpflichtet waren, in dieser Zeit die Jahresbilanz gezogen, dann wären sie schon nach dem Wortlaut des § 64 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG verpflichtet gewesen, die Vermögenslage unter dem Gesichts-

1) Wer die Bilanz aufgestellt hat, ist nicht entscheidend, vgl. Scholz, § 64 Anm. 4 a.E.; RGZ 80, 108 f.

2) Lehmann-Ring, § 240 Anm. 2: "bei" heißt "gelegentlich der".

3) Sten.Ber., 8. Verh., I. Sess. 1890/92, 5. Anlageband Nr. 660, S. 3748 zu § 42.

punkt der Konkursbeantragung wegen Überschuldung zu prüfen. Dieser Pflicht können sie sich aber nach dem Sinn beider Vorschriften nicht dadurch entziehen, daß sie pflichtwidrig keine Jahresbilanz aufstellen ¹⁾.

Eine entsprechende gesetzliche Pflicht, im Interesse der Gläubiger eine Zwischenbilanz aufzustellen, besteht nicht. Ist sie in der Satzung oder im Anstellungsvertrag mit der GmbH festgelegt, dann nur im Interesse der Gesellschafter. Ihre Verletzung kann deshalb nicht unter im übrigen gleichen Voraussetzungen wie bei der Jahresbilanz zu einer Haftung der Geschäftsführer wegen schuldhafter Verletzung der Konkursantragspflicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern führen ²⁾.

Der Kenntnis von der Überschuldung, die die Geschäftsführer zur Antragstellung verpflichtet, stehen die Fälle gleich, in denen sich die Geschäftsführer dieser Kenntnis mutwillig verschließen, weil hierin unter den besonderen Umständen des Einzelfalles eine unvertretbare Mißachtung

1) Ähnlich auch für die Nichtaufstellung einer Zwischenbilanz (Hachenburg-)Klug, § 84 Anm. 4; methodisch dürfte es sich schon um eine Lückenfeststellung und Lückenschließung durch argumentum a fortiori handeln, hierzu Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 78ff; ob deshalb eine strafrechtliche Verantwortung insoweit in Betracht kommt, ist wegen Art. 103 Abs. 2 GG, § 2 Abs. 1 StGB zweifelhaft, braucht aber hier nicht entschieden zu werden.

2) Anders Brodmann, § 64 Anm. 3 a, der unter besonderen Umständen aus § 64 GmbHG selbst eine Pflicht zur Aufstellung einer Zwischenbilanz ableitet; Hachenburg-Klug, § 84, Anm. 4, der m.E. nicht genug beachtet, daß die Geschäftsführer nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zur Aufstellung einer Zwischenbilanz verpflichtet sind, und bei seinem Hinweis auf den angeblich bloß deutlicheren, aber gleichen Rechtsgedanken in § 83 AktG 1937kennt, daß die Änderung im AktG von 1937 gerade deshalb erfolgte, weil nach geltendem Recht (§ 240 HGB) der Vorstand sich der Pflicht entziehen könne, wenn er die Aufstellung des Jahresabschlusses verzögere oder keine Zwischenbilanz aufstelle (so die amtliche Begründung zum AktG 1937, DRANZ 1937 Nr. 28 vom 4.2.1937); Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 4; vgl. auch RG, Höchststrichterliche Rechtsprechung 1935, Nr. 1057.

der Gläubiger- und Drittinteressen liegt, die das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzt ¹⁾. Das kann der Fall sein, wenn die Prüfung der Vermögenslage anlässlich der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergeben hat, daß die Gesellschaft am Rande der Überschuldung steht, etwa daß das unter Berücksichtigung der "wahren" Werte ermittelte Reinvermögen nicht mehr dem gesetzlichen Mindeststammkapital von 20.000 DM entspricht und kurz darauf ein Verlust eintritt, der den Betrag dieses Restvermögens weit übersteigt, ohne daß dem entsprechenden Gewinne gegenüberstehen können, und dem Geschäftsführer dies alles ohne weiteres erkennbar ist, sozusagen "in die Augen springt".

II: Die Fälle, in denen an den Wegfall der Konkursantragspflicht gedacht werden kann

§ 1 Die Beseitigung der Überschuldung

Ist die Antragspflicht entstanden, dann haben die Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu stellen. Durch die Dreiwochenfrist ²⁾ und die Einschränkung, daß eine schuldhafte Verzögerung des Antrags nicht vorliegt, wenn die Geschäftsführer die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes betreiben ³⁾, ist den Geschäftsführern und mit ihnen den Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern die Möglichkeit eingeräumt worden, durch geeignete Maßnahmen die Überschuldung zu beseitigen.

1) Vgl. dazu BGH, Wertpapiermitteilungen 1963, S. 121 links unten, wo das Gericht im entschiedenen Fall die Fragen offenließ.

2) § 64 Abs.1 Satz 1 GmbHG, zunächst durch Gesetz über die Pflicht zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens vom 26.3.1930 (RGBl. I, S. 93(94)) eingeführt, später durch VO vom 6.8.1931 (RGBl. I, S. 433) auf drei Wochen verlängert.

3) § 64 Abs. 1 Satz 2 GmbHG.

Die Maßnahmen, die ergriffen werden können, sind theoretisch so zahlreich, daß sie hier nur in einigen Beispielen angedeutet werden können. Welche Möglichkeiten praktisch bestehen, ist immer eine Frage des Einzelfalles. Ihre Durchsetzung in der kurzen Zeit, die hierfür zur Verfügung steht, hängt von der Umsicht und Tatkraft, der Einsicht und Entschlußfreude der Beteiligten ab.

Die Überschuldung kann zum Beispiel durch eine ordentliche Stammkapitalerhöhung (§§ 55 - 57 GmbHG) beseitigt werden ¹⁾. Es genügt aber nicht etwa der die Satzung ändernde Gesellschafterbeschuß (§§ 53; 3 Abs. 1 Ziff. 3; 54 GmbHG), das Stammkapital werde auf einen bestimmten Nennbetrag erhöht. Denn hierdurch ändert sich an der Vermögenslage der Gesellschaft noch nichts. Entscheidend ist deshalb, daß die Gesellschaft einen unentziehbaren Anspruch auf die Stammeinlage oder diese selbst bereits erhalten hat ²⁾. Dieser Anspruch unterliegt den für den Über-

1) Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 c; zu den Einzelheiten betreffend die ordentliche Stammkapitalerhöhung vgl. die Kommentare zu §§ 55 - 57 GmbHG; eine Stammkapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln kommt praktisch wegen fehlender Rücklagen nicht in Betracht und ist zur Beseitigung der Überschuldung völlig ungeeignet, weil der Gesellschaft kein neues Vermögen zugeführt und keine Schuld verringert wird; es findet lediglich eine Umschichtung des Eigenkapitals statt; freie Rücklagen werden zu gebundenem Stammkapital (§ 30 Abs. 1 GmbHG!), vgl. Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vom 23.12.1959 (BGBl. I, S. 789 ff), insbesondere §§ 1 Abs. 1; 2 Abs. 1 Ziff 2 und Abs. 2 und 3 daselbst.

2) Zwar nimmt die h.M. einen Anspruch auf Leistung der Stammeinlage bei übereinstimmender Übernahme (§ 55 Abs. 1 GmbHG) und Aufnahmeerklärung (Zuteilung) schon vor der Eintragung der Stammkapitalerhöhung in das Handelsregister an (§ 54 ergänzt durch § 57 GmbHG), und zwar vor der Anmeldung mindestens in Höhe eines Viertels (§ 57 Abs. 2 iVm § 7 Abs. 2 GmbHG), bei Sacheinlagen in vollem Umfang, so z.B. Hachenburg-Schilling, § 55 Anm. 15, § 56 Anm. 3; a.A. Feine, S. 609 f; aber eine endgültige Bindung des Übernehmenden besteht erst mit der Eintragung der Stammkapitalerhöhung ins Handelsregister, vgl. z.B. Baumbach-Hueck, § 54 Anm. 3 A, § 55 Anm. 4 A; Brodmann, § 55 Anm. 3 c, § 54 Anm. 3 a; Hachenburg-Schilling, § 55 Anm. 19; Scholz, § 55 Anm. 16, 20, 22; RGZ 77, 154 ff; RGZ 82, 376,

schuldungsstatus geltenden Bewertungsgrundsätzen. Eine solche Stammkapitalerhöhung kann auch durch Übernahme einer Sacheinlage erfolgen (§ 56 GmbHG). So ist zum Beispiel denkbar, daß ein Großgläubiger der Gesellschaft als Sacheinlage mit der Gesellschaft den Erlaß seiner Forderungen oder deren Abtretung vereinbart ¹⁾. Bei Abtretung tritt bei der Gesellschaft Konfusion ein. In beiden Fällen haben sich die Schulden der Gesellschaft vermindert. Hierdurch kann die Überschuldung beseitigt worden sein.

Die Gesellschafter können auch die Einforderung von Nachschüssen beschließen, soweit die Satzung das vorsieht (§§ 26 - 28 GmbHG). Auch wenn der Gesellschaft die Nachschüsse noch nicht erbracht worden sind, kann die Überschuldung durch die Ansprüche, die der Gesellschaft nach dem Einforderungsbeschluß der Gesellschafter auf Zahlung der Nachschüsse zustehen, beseitigt worden sein, wenn kein Abandonrecht der Gesellschafter (mehr) besteht ²⁾. Durch Satzungsänderung (§§ 53 und 54 GmbHG), die der Zustimmung aller Gesellschafter (§ 53 Abs. 3 GmbHG) und der Eintragung ins Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft (§ 54 Abs. 3 GmbHG) bedarf, kann die Zulässigkeit der Einforderung von Nachschüssen eingeführt werden, wenn sie in der Satzung bisher nicht oder nicht in der erforderlichen Höhe vorgesehen war.

Die Gesellschafter können die Überschuldung auch durch freiwillige Zuschüsse beseitigen, die in der Satzung

insbesondere 378; erst dann können Gesellschaftsgläubiger und Dritte auf die Stammkapitalerhöhung vertrauen; deshalb wird man die Änderung der Vermögenslage der Gesellschaft durch eine Stammkapitalerhöhung erst nach Eintragung im Handelsregister im Überschuldungsstatus berücksichtigen dürfen.

- 1) Feine, S.604; wie solche Forderungen zu bewerten sind, kann hier dahinstehen.
- 2) Vgl. dazu auch oben S. 50.

nicht vorgesehen sind ¹⁾. Sie können sich zu solchen Zuschüssen auch freiwillig mit rein schuldrechtlicher Wirkung verpflichten ²⁾.

Durch die Gewährung von Darlehn können die Gesellschafter die Überschuldung grundsätzlich nicht beseitigen. Zwar werden dadurch der Gesellschaft Geld oder andere vertretbare Sachen als Gegenstände des Aktivvermögens zugeführt, auf der anderen Seite entsteht der Gesellschaft gegenüber dem darleihenden Gesellschafter aber eine Rückgewährpflicht (§ 607 Abs. 1 BGB). Die Abgrenzung von Darlehn und freiwilligem Zuschuß kann im Einzelfall schwierig sein ³⁾. Wird ein freiwilliger Zuschuß im Einverständnis mit der Gesellschaft nur zum Schein als Darlehn vereinbart, so handelt es sich in Wahrheit auch rechtlich um einen freiwilligen Zuschuß (§ 117 BGB). Solche Manipulation wird nicht selten gerade in Situationen auftreten, in denen die Gesellschaft konkursreif ist, damit, falls der Konkursfall eintritt, der Gesellschafter seine "Darlehnsforderung" als Konkursforderung anmelden kann. Für das Vorliegen eines Darlehns werden deshalb in solchen Fällen eindeutige Tatsachen sprechen müssen ⁴⁾.

1) Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 c; § 26 Anm. 1 a, 5; Scholz, § 63 Anm. 6 Abs. 5 (S. 679 f); Vogel, § 64 Anm. 3 Abs. 3 (S. 315).

2) Baumbach-Hueck, § 26 Anm. 2 A.

3) Hachenburg-Schmidt, § 26 Anm. 2; Scholz, § 26 Anm. 1 Abs. 5 (S. 322).

4) Hachenburg-Schmidt, § 26 Anm. 2; zurückhaltend Anm. 5; Scholz, § 26 Anm. 1 Abs. 5 (S. 322); vgl. auch OLG Düsseldorf, OLGE 41, 210. In einem besonderen Fall hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes Gesellschafterdarlehn wie haftendes Kapital behandelt, siehe BGHZ 31, 258 = WM 1960, Seiten 41 ff, insbesondere S. 45;

zum Folgenden = NJW 1960, S. 285 = GmbHRdsch 1960, S. 43 = LM Nr. 4 zu § 2 GmbHG; im einzelnen vgl. zu den Bedenken gegen dieses Urteil unten S. 150 ff

Soweit die Gesellschafter der Gesellschaft als Gläubiger aus echten Drittbeziehungen (z.B. Kauf, Tausch) gegenüberstehen, können sie die Überschuldung durch Erlaß (§ 397 BGB) ihrer Forderungen beseitigen.

Bei den bisher angedeuteten Maßnahmen ist zu beachten, daß durch sie Steueransprüche und Kostenansprüche gegen die Gesellschaft entstehen können, die als Schulden bei der Überschuldungsprüfung nach Sanierung zu berücksichtigen sind. In Betracht kommt vor allem die Gesellschaftssteuer ¹⁾.

Die Überschuldung kann auch beseitigt werden, wenn einzelne Gläubiger oder alle Gläubiger zum Beispiel auf Grund eines außergerichtlichen Vergleichs ²⁾ mit der Gesellschaft bezüglich ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft einen Erlaß oder Teilerlaß (§ 397 BGB) vereinbaren ³⁾. Die dadurch entstehenden Gewinne sind als Sanierungsgewinne von den Ertragssteuern befreit ⁴⁾.

§ 2 Der Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens

Seit dem Gesetz vom 25.3.1930 können die Gesellschafter ihre Konkursantragspflicht auch dadurch erfüllen, daß sie den Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens stellen (§ 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Haben so viele Geschäftsführer, wie zur Vertretung der Gesellschaft erforderlich sind (§ 2 Abs. 1 Satz 2 VerglO), den

1) § 2 Kapitalverkehrssteuergesetz.

2) Zum außergerichtlichen Vergleich siehe z.B. Künne, Außergerichtliche Vergleichsordnung; aus dem älteren Schrifttum z.B. Emmerich, Die Sanierung, I. Teil, §§ 26 - 80.

3) Siehe hierzu z.B. Hachenburg-Schmidt, § 63 Anm. 5 c; Vogel, § 64 Anm. 3 Abs. 3 (S. 315).

4) Vgl. § 11 Ziff 4 Körperschaftsteuergesetz.

Vergleichsantrag gestellt, so entfällt damit die Konkursantragspflicht, die sonst, auch wenn Gesamtvertretung besteht, jeden einzelnen Geschäftsführer und Liquidator trifft. Bei einer Gesamtvertretung können sich deshalb Schwierigkeiten ergeben, wenn keine Einigkeit darüber herrscht, ob die Gesellschaft überschuldet ist oder nicht oder ob die Eröffnung des Konkursverfahrens oder des Vergleichsverfahrens beantragt werden soll. Besteht die Überschuldung, so entfällt die Konkursantragspflicht auch nicht dadurch, daß unter den gemeinschaftlich vertretungsberechtigten Geschäftsführern keine Einigkeit über die Stellung des Vergleichsantrags erzielt werden kann. Denn die Konkursantragspflicht kann von jedem Geschäftsführer erfüllt werden, weil jeder Geschäftsführer berechtigt ist, den Konkursantrag zu stellen (§ 63 Abs. 2 GmbHG iVm § 208 KO)¹⁾. Andererseits wird dadurch, solange das Konkursverfahren noch nicht eröffnet ist (§ 2 Abs. 2 VerglO), ein späterer Antrag der Gesellschaft auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht ausgeschlossen (§ 46 VerglO). Ein unzulässiges widersprüchliches Verhalten liegt hierin nicht, weil ein solcher Antrag der Gesellschaft den Interessen aller Beteiligten dient²⁾. Ein Vergleichsantrag, der ohne Aussicht auf Erfolg nur die Konkursverschleppung bezwecken sollte, beseitigt die Konkursantragspflicht nicht³⁾.

-
- 1) Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1 A; Brodmann, § 63 Anm. 1 b, § 64 Anm. 1 b; Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 2; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 2; Scholz, § 64 Anm. 2; Scholz-Fischer, § 64 Anm. 2; Vogel, § 64 Anm. 2.
 - 2) Vgl. z.B. Bley, § 46 Anm. 2, der annimmt, der Schuldner müsse seinen Konkursantrag zurücknehmen und könne dann noch einen Vergleichsantrag stellen.
 - 3) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 5 (S. 672).

§ 3 Die Befreiung von der Antragspflicht auf Grund von Sondervorschriften

Wie die Ausführungen über die Bewertungsgrundsätze, die bei Feststellung der Überschuldung anzuwenden sind, gezeigt haben, ist die Überschuldung einer GmbH auch von der allgemeinen Konjunkturlage mit abhängig ¹⁾. In besonderen wirtschaftlichen Krisenzeiten könnte ein starres Festhalten an der Antragspflicht eine Lawine von Zwangsliquidationen und Stilllegungen ins Rollen bringen, was gerade in derartigen Situationen mehr schaden als nutzen kann. Das allein rechtfertigt aber nicht, die Antragspflicht zu ignorieren. In solchen Fällen muß der Gesetzgeber helfend eingreifen. Und er hat das in der Vergangenheit auch getan ²⁾.

§ 4 Die Niederlegung des Geschäftsführeramtes

Der einzelne Geschäftsführer kann sich der Antragspflicht, wenn sie ihm einmal entstanden ist, nicht dadurch entziehen, daß er sein Geschäftsführeramt niederlegt. Er muß dann darauf hinwirken, daß einer der übrigen Geschäftsführer oder sein Nachfolger den Antrag stellt ³⁾.

§ 5 Der Antrag eines anderen Antragsberechtigten

Die Antragspflicht für die Geschäftsführer entfällt auch nicht deshalb, weil ein Gläubiger den Konkursantrag wegen Überschuldung der Gesellschaft gestellt hat ⁴⁾. Wenn auch

- 1) Jaeger, §§ 207, 208 Anm. 3; Kaufmann, Buchbesprechung: Walter Lehmann, Der Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GruchBeitr 59, S. 187; Mathews, Zahlungsunfähigkeit, Zahlungseinstellung und Überschuldung im Konkurs- und Vergleichsrecht, Wege zu ihrer Ermittlung, Die Wirtschaftsprüfung 1950, S. 254.
- 2) Vgl. dazu die Zusammenstellung bei Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 6.
- 3) Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1 A; Brodmann, § 64 Anm. 1 c; Erbs-Kohlhaas, § 84 Anm. 3; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 2 (S. 467 Mitte); Scholz, § 64 Anm. 2; Scholz-Fischer, § 64 Anm. 2; BGH NJW 1952, S. 554 = GmbHRdsch 1952, S. 42 mit zustimmender Anmerkung von Schneider.
- 4) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 5 (S. 673); Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 2 (S. 467), zurückhaltend; Scholz, § 64 Anm. 2 mit weiteren Nachweisen auch aus der Rechtsprechung.

ein solcher Fall selten sein wird, weil den Gläubigern die Überschuldung in der Regel verborgen bleibt, so ist er doch nicht ausgeschlossen. Da der Konkursrichter den Antrag eines Gläubigers erst zuläßt, wenn der Gläubiger seine Forderung und die Überschuldung glaubhaft gemacht hat, können sich bei einem solchen Antrag, der im übrigen auch von dem Gläubiger wieder zurückgenommen werden kann, die Konkurseröffnung oder vorsorgliche Maßnahmen des Konkursrichters länger hinausziehen als dies der Fall wäre, wenn die Geschäftsführer ihrer Pflicht nachkämen. Die Ansicht Brodmanns ¹⁾, die Streitfrage könne nur darin liegen, ob die Geschäftsführer den Antrag früher hätten stellen müssen, ist deshalb zu eng. Nur, wenn sicher ist, daß der Gläubigerantrag ebenso schnell die gleichen Maßnahmen des Konkursrichters herbeiführt, entfällt die Antragspflicht der Geschäftsführer ²⁾. Gerade das wird aber im Fall der Überschuldung so gut wie nie der Fall sein.

III: Die objektive Verletzung der Antragspflicht

§ 1 Das Unterlassen, den Konkursantrag zu stellen

Ist für den einzelnen Geschäftsführer also die Konkursantragspflicht entstanden und ist sie nicht wieder weggefallen, etwa durch Beseitigung der Überschuldung oder Stellung des Vergleichsantrags, dann hat der Geschäftsführer diese Antragspflicht verletzt, wenn er es unterläßt, den Konkursantrag zu stellen. In einem krassen Fall der Überschuldung, in dem zum Beispiel die erforderlichen Mindestquoten des § 7 VerglO nicht erreichbar erscheinen und der Vergleichsantrag nur aus Verzögerungstaktik gestellt wird, um die Eröffnung des Konkursverfahrens zu

1) Brodmann, § 64 Anm. 1 c.

2) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 5 (S. 673).

verschleppen, kann selbst in dem Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens eine Verletzung der Konkursantragspflicht liegen ¹⁾.

§ 2 Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Es ist zunächst zu untersuchen, ob die Einwilligung der Gesellschaftsgläubiger einen Rechtfertigungsgrund darstellt.

In der Literatur wird allgemein vertreten, daß die Gesellschafter und die Gesellschaftsgläubiger die Geschäftsführer von der Konkursantragspflicht nicht befreien könnten, und zwar selbst dann nicht, wenn alle Gesellschafter und alle Gläubiger der Gesellschaft dem zustimmen ²⁾. Dem ist zu folgen, denn die Konkursantragspflicht bezweckt auch den Interessenschutz Dritter und besteht auch im öffentlichen Interesse. Ein Bereich des strafrechtlich geschützten Rechtsguts fällt also nicht unter die Verfügungsbefugnis der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger. Der Geschäftsführer hat also in einem solchen Fall strafrechtlich gleichwohl rechtswidrig gehandelt. Das gilt auch für das Zivilrecht ³⁾.

IV: Das Verschulden

Eine objektive Verletzung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung vermag allein die Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB noch nicht zu begründen. Das Schutzgesetz selbst verlangt Verschulden. Ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB ist deshalb nicht erforderlich.

-
- 1) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 5 (S. 672).
 - 2) Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1 A; Brodmann, § 64 Anm. 1 c: § 64 Abs. 1 GmbHG habe rechtspolizeiliche Tendenz; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 2; Vogel, § 64 Anm. 2.
 - 3) Anders, wenn man eine "relative" Rechtmäßigkeit bejaht, vgl. dazu Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, S. 312 Anm. 12; eine "Einwilligung" ist wohl sachgerechter im Rahmen des § 254 BGB zu berücksichtigen, vgl. dazu unten S. 91 ff.

§ 1 Das schuldhafte Zögern

§ 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verpflichtet den Geschäftsführer, "ohne schuldhaftes Zögern" die Eröffnung des Konkursverfahrens oder die Eröffnung des Vergleichsverfahrens zu beantragen. Das Zögern ist schuldhaft, wenn es darauf beruht, daß der Geschäftsführer nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes angewendet hat (§ 43 Abs. 1 GmbHG). Dieser Haftungsmaßstab ist zwingend ¹⁾, jedenfalls soweit es um die Antragspflicht aus § 64 Abs. 1 GmbHG geht. Denn diese Pflicht ist den Geschäftsführern im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft und Dritter auferlegt. Deshalb können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder im Geschäftsführungsvertrag den Verschuldensmaßstab zwar insoweit noch verschärfen ²⁾, nicht aber auf *diligentia quam in suis* (§ 277 BGB) oder Vorsatz beschränken. Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ist im Einzelfall weiter zu konkretisieren. So treffen den Geschäftsführer einer GmbH ohne kaufmännischen Geschäftsbetrieb nicht so hohe Anforderungen wie sie an einen Geschäftsführer zu stellen sind, der ein großes Unternehmen führt, das einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert ³⁾.

§ 2 Die Bedeutung der Dreiwochenfrist

Zweifelhaft ist, was die Bezugnahme des Halbsatzes 2 auf die in Halbsatz 1 des § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG enthaltene

- 1) Sten.Ber., 8. Verh., I. Sess., 1890/92, 5. Anlageband Nr. 660, S. 3750 zu § 42; Hachenburg-Schilling, § 43 Anm. 2; Feine, S. 498 mit weiteren Nachweisen aus dem älteren Schrifttum in Anm. 14 daselbst; Scholz, § 43 Anm. 2 Abs. 3 (S. 471) mit weiteren Nachweisen; Sudhoff, S. 78; a.A. Baumbach-Hueck, § 43 Anm. 1 B gegen Baumbach in der 4. Aufl.; Brodmann, § 43 Anm. 1 b; Vogel, § 43 Anm. 2 Abs. 3; vgl. auch OLG Hamburg, OLGE 9, 266.
- 2) Scholz, § 43 Anm. 2 Abs. 3 (S. 471).
- 3) Baumbach-Hueck, § 43 Anm. 2 A; Brodmann, § 43 Anm. 1 a; Feine, S. 498; Hachenburg-Schilling, § 43 Anm. 1; Scholz, § 43 Anm. 2 Abs. 1 (S. 470); Vogel, § 43 Anm. 2 Abs. 2; vgl. auch OLG Bremen, GmbHRdsch 1964, S. 9.

Regelung bedeutet, in der es heißt, daß der Antrag ohne schuldhaftes Zögern, "spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit", zu stellen sei.

Die Antragsfrist kann frühestens mit der Entstehung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung beginnen. Der Entstehungszeitpunkt ist je nach den Umständen verschieden ¹⁾. Hat der Geschäftsführer von der Überschuldung Kenntnis erlangt, dann ist die Antragspflicht spätestens in diesem Zeitpunkt entstanden ²⁾. Sie ist aber auch und gegebenenfalls früher entstanden, wenn sich der Geschäftsführer dieser Kenntnis mutwillig verschließt ³⁾ oder wenn die GmbH überschuldet ist und eine Jahresbilanz oder Zwischenbilanz aufgestellt ⁴⁾, aber auch, wenn eine Jahresbilanz in der gesetzlich bestimmten Frist (§ 43 Abs. 2 und 3 GmbHG) nicht aufgestellt worden ist ⁵⁾. In all den zuletzt genannten Fällen läßt sich der Zeitpunkt, in dem die Antragspflicht entstanden ist, nicht immer so exakt bestimmen, daß er geeignet erscheint, den Beginn der Dreiwochenfrist sicher festzulegen. Aus diesen Gründen ist der herrschenden Meinung ⁶⁾ zu folgen, nach der für den Fristbeginn der Zeitpunkt maßgebend ist, in dem der Geschäftsführer Kenntnis von der Überschuldung der GmbH erlangt hat.

Auf der anderen Seite muß diese Dreiwochenfrist dann aber auch entsprechend dem Wortlaut des § 64 Abs. 1

1) Vgl. hierzu oben S. 64 ff. , insbesondere S. 66 ff.

2) Vgl. oben S. 67 f.

3) Vgl. oben S. 70 f.

4) Vgl. oben S. 69.

5) Vgl. oben S. 69.

6) Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1 A; Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 6 Abs. 2; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 5; Scholz § 84 Anm. 3; Scholz-Fischer, § 64 Anm. 2.

Satz 1 GmbHG als Höchstgrenze ¹⁾ verstanden werden. Keineswegs geht es an, ohne weiteres anzunehmen, der Geschäftsführer könne die Konkursantragspflicht nicht schuldhaft verletzen, wenn er lediglich den Ablauf der Frist abwarte, nachdem er die Überschuldung erkannt hat ²⁾. Die schuldhaft verzögerte Konkursantragspflicht kann nämlich schon darin liegen, daß der Geschäftsführer die Überschuldung zu spät erkannt hat.

Hat er zum Beispiel die Jahresbilanz nicht, wie es seine Pflicht gewesen wäre, innerhalb der ersten drei Monate des laufenden Geschäftsjahres für das verflossene Geschäftsjahr aufgestellt (§ 41 Abs. 2 GmbHG), sondern erst kurz vor Ablauf des laufenden Geschäftsjahres, dann ist die Konkursantragspflicht spätestens mit Ablauf der ersten drei Monate des laufenden Geschäftsjahres entstanden, und der Antrag ist schuldhaft verzögert, wenn seine Verzögerung auf Außerachtlassen der Sorgfalt beruht, die ein ordentlicher Geschäftsmann angewendet hätte. Der Geschäftsführer kann sich nicht etwa darauf berufen, daß diese Unsitte heute zur "Sitte" geworden sei. Denn nicht die verkehrssübliche Sorgfalt wird von ihm erwartet, sondern die im Verkehr erforderliche . Der Geschäftsführer kann, wenn er infolge seiner eigenen, auf Fahr-

1) Als Höchstgrenze verstehen die Frist Brodmann, § 64 Anm. 1 d und wohl auch Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1 A: "Längstens bleibt ihnen eine Frist von 3 Wochen seit Bilanzaufstellung", § 84 Anm. 1 A; Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 6; Erbs-Kohlhaas, § 84 GmbHG Anm. 2.

2) So anscheinend Scholz, § 84 Anm. 3 Abs. 1, aber nicht eindeutig, wenn er argumentiert, daß der Eintritt der Überschuldung so ungewiß sei, daß der Beginn der Dreiwochenfrist nicht berechnet werden könne. Selbst wenn dies im Einzelfall möglich sei, brauche doch der Geschäftsführer von diesem Tage keine Kenntnis erlangt zu haben, ohne fahrlässig zu handeln (Hervorhebung vom Verfasser). Hierzu ist im übrigen zu bemerken, daß der Beginn der Antragsfrist nicht schon mit dem Eintritt der Überschuldung, sondern frühestens mit Entstehung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung, die später liegen kann, gedacht werden kann.

lässigkeit beruhenden Pflichtwidrigkeit erst über ein halbes Jahr später Kenntnis von der schon seit mindestens einem halben Jahr bestehenden Überschuldung erlangt, nicht mehr die Dreiwochenfrist für sich in Anspruch nehmen ¹⁾. Der Geschäftsführer, der seine Geschäftsführungspflicht so grob verletzt, und die Gesellschafter, die sich eines solchen Geschäftsführers bedienen, verdienen nicht das Vertrauen, das Unternehmen allein ohne gerichtliche Aufsicht auf Kosten der Gläubiger und Dritter fortsetzen zu dürfen. Denn allein das Vermögen der Gesellschaftsgläubiger und Dritter steht auf dem Spiel. Die Gesellschafter haben, ist die Gesellschaft erst einmal überschuldet, ihr Kapital bereits eingebüßt. Wollen die Geschäftsführer einen Sanierungsversuch unternehmen, so mögen sie das nach Stellung des Vergleichsantrags tun.

Das gleiche muß gelten, wenn der Geschäftsführer sich mutwillig verschlossen hatte, von der Überschuldung Kenntnis zu nehmen.

Aber auch in den Fällen, in denen der Geschäftsführer anlässlich der Jahresbilanzierung (innerhalb der gesetzlichen Frist des § 41 Abs. 2 und 3 GmbHG) oder einer Zwischenbilanzierung prüfen muß, ob die Gesellschaft überschuldet ist, kann die Kenntnis, die er schließlich von der Überschuldung nimmt, in einer Weise erlangt worden sein, die nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes entspricht. Wann dies der Fall ist, hängt von den besonderen Umständen des Einzelfalles ab. Unter Umständen kann schon eine Rohbilanz mit vorläufigen Wertansätzen Anlaß sein, sogleich in die Prüfung der Überschuldung einzutreten, bevor die Erfolgsbilanz endgültig steht. Der Geschäftsführer würde dann nicht mit der Sorgfalt eines or-

1) Das übersieht möglicherweise BGH, GmbHRdsch 1961, S. 85, dem aber darin zuzustimmen ist, daß die Konkursantragspflicht dann nicht mehr besteht, wenn die GmbH nicht mehr überschuldet ist.

dentlichen Geschäftsmannes handeln, wenn er sich nicht sofort um die Feststellung der Vermögenslage bemühte.

Aus diesen Gründen kann der Satz, daß die Geschäftsführer nicht schuldhaft handeln, wenn sie, nachdem sie die Überschuldung erkannt haben, den Ablauf der Dreiwochenfrist abwarten ¹⁾, nur mit der Einschränkung gelten, daß die Kenntnisnahme nicht wegen Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns als schuldhaft verspätet angesehen werden muß. Bei Prüfung dieser letzten Frage ist zu beachten, daß die Feststellung der Überschuldung einer GmbH bei größeren Unternehmen gerade auch wegen der Bewertungsfragen große Schwierigkeiten bereiten und Zeit kosten kann.

Die Dreiwochenfrist gibt also nur dem Geschäftsführer, der die Überschuldung der Gesellschaft wie ein ordentlicher Geschäftsmann ohne Sorgfaltsverletzung rechtzeitig erkannt hat, die Gewißheit, daß er, wenn er innerhalb drei Wochen nach dieser Kenntnis Eröffnung des Konkursverfahrens oder gegebenenfalls des Vergleichsverfahrens beantragt, nicht schuldhaft die Konkursantragspflicht verletzt hat.

Für einen erfolgreichen Sanierungsversuch werden in der Praxis drei Wochen nur selten ausreichen. Deshalb eröffnet § 64 Abs. 1 Satz 2 GmbHG in der Fassung des Gesetzes vom 25.3.1930 ²⁾ den Geschäftsführern die Möglichkeit, diese Dreiwochenfrist zu überschreiten, wenn sie die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns betreiben ³⁾. Dazu gehört, daß ein solches Verfahren Aussicht auf Erfolg bietet ⁴⁾, mindestens die Vergleichsquoten des § 7 VerglO

- 1) Diese Formulierung findet sich bei Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 5 Abs. 1.
- 2) RGBl. I, S. 93 (94).
- 3) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 6 a.E.; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 5 a.E.; Scholz, § 64 Anm. 6.
- 4) Baumbach-Hueck, § 64 Anm. 1 B.

erreichbar erscheinen ¹⁾.

§ 3 Die Objektivierung des Verschuldensmaßstabes

Der Verschuldensmaßstab ist durch den Bezug auf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns objektiviert. Mangel an Kenntnissen, Erfahrung und geschäftlicher Gewandtheit entschuldigen den Geschäftsführer deshalb nicht. Er muß für die Fähigkeiten und Kenntnisse, die ein ordentlicher Geschäftsmann haben muß, einstehen ²⁾. Sein Verschulden erblickt das Reichsgericht ³⁾ in diesen Fällen darin, daß der Geschäftsführer sein Amt übernommen hat, ohne die nötigen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen mitzubringen. Deshalb kann sich der Geschäftsführer zum Beispiel nicht darauf berufen, die Konkursantragspflicht überhaupt nicht gekannt zu haben ⁴⁾. Bei Zweifeln über ihren Umfang muß er den Rechtsrat eines Fachmannes einholen. Bei Prüfung der Überschuldung, insbesondere also bei der Aufstellung des Überschuldungsstatus, muß er sich, wenn es ihm selbst an den erforderlichen Kenntnissen fehlt, eines Sachverständigen (zum Beispiel eines Wirtschaftsprüfers oder vereidigten Buchprüfers) bedienen. Da die Konkursantragspflicht jeden Geschäftsführer persönlich trifft, liegt eine Entschuldigung nicht schon in einer im Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführungsvertrag oder unter den Geschäftsführern vereinbarten Geschäftsverteilung. Auch hier obliegen den Geschäftsführern gegenseitige Überwachungspflichten ⁵⁾. War aber der zuständige Geschäftsführer wegen seiner besonderen fachlichen Kenntnisse und seiner in der Vergangenheit in ähnlichen Fragen bewährten Zuverlässigkeit

1) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 6 a.E.; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 5 a.E.

2) h.M., vgl. z.B. Hachenburg-Schilling, § 43 Anm. 1 Abs. 2 mit weiteren Nachweisen.

3) So z.B. für Mitglieder des Genossenschaftsvorstandes RG JW 1914, S. 476.

4) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 13; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 8 Abs. 1 a.E. (S. 471).

5) Hachenburg-Schilling, § 43 Anm. 10; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 8 Abs. 1 (S. 471); RGZ 98, 100; RG LZ 1928, S. 1339; RG HRR 1941, Nr. 132 unter II.

mit der Überwachung der Konkursantragspflicht betraut, dann kann das einen Mitgeschäftsführer, etwa den technischen Leiter, entschuldigen, weil unter Umständen dessen Vertrauen auf die Richtigkeit des Überschuldungsstatus, den der zuständige Geschäftsführer aufgestellt hat oder hat aufstellen lassen, nicht mehr als Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gewertet werden kann. Ebenso kann längere Abwesenheit oder Krankheit entschuldigen ¹⁾.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann letzten Endes immer nur an Hand der Umstände des Einzelfalles entschieden werden, ob die Verzögerung des Konkursantrags auf Verschulden des einzelnen Geschäftsführers beruht oder nicht.

Das Verschulden braucht sich nur auf die Verletzung des § 64 Abs. 1 GmbHG, die Verletzung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung, zu beziehen. Es ist nicht erforderlich, daß der Geschäftsführer erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß durch die Verletzung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung Interessen der Altgläubiger oder Neugläubiger (Dritter) verletzt werden und diesen daraus Schäden erwachsen würden.

C: Die Haftungsfolgen

I: Die objektive Zurechnung des Schadens

Der Schaden, den der Alt- oder Neugläubiger der GmbH hat, muß aus der schuldhaften Verletzung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung entstanden sein (§ 823 Abs. 2 Satz 1 iVm Abs. 1 BGB) ²⁾.

1) Vgl. dazu z.B. Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 14; Hachenburg-Schmidt, § 64 Anm. 8 Abs. 1; Scholz, § 64 Anm. 7.

2) Das ergibt sich aus der Bezugnahme des § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB ("Die gleiche Verpflichtung trifft ..") auf Abs. 1 daselbst, wo es heißt, daß der Schädiger "... dem anderen zum Ersatze des daraus (d.i.: Rechtsgutverletzung) entstehenden Schadens verpflichtet" ist. § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB ist danach wie folgt zu lesen: Derjenige, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Da die pflichtwidrige Handlung in einem Unterlassen besteht, nämlich darin, es unterlassen zu haben, den Konkursantrag zu stellen, handelt es sich bei dem Urteil, ob der Schaden als Folge der unterlassenen Antragstellung anzusehen ist, nicht um eine Kausalitätsfeststellung, sondern um objektive Zurechnung des Schadens ¹⁾. Voraussetzung ist dafür, daß der Schaden, den der Alt- oder Neugläubiger der GmbH erlitten hat, nicht entstanden wäre, wenn der Geschäftsführer den Konkursantrag pflichtgemäß gestellt hätte. Da insoweit nicht ein historisch-faktischer, sondern nur ein hypothetischer Kausalverlauf geprüft wird ²⁾, der nicht mit der gleichen Sicherheit festgestellt werden kann wie ein sich auf eine positive Handlung gründender, historisch-faktischer Kausalverlauf, hält die herrschende Lehre ³⁾ und, von gelegentlichen Unklarheiten ⁴⁾ abgesehen, die Rechtsprechung ⁵⁾ eine "an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit" dafür für ausreichend, daß der Schaden bei Vor-
nahme der unterbliebenen Handlung nicht eingetreten wäre. Andererseits ist diese hohe Wahrscheinlichkeit zur Bejahung der objektiven Schadenszurechnung erforderlich ⁶⁾.

- 1) Larenz, I § 14 III b a.E. (S. 161 f); Larenz, Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, S. 686; Enneccerus-Lehmann, § 15 III 9 (S. 75 oben); Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, §§ 249 - 253 Anm. 28.
- 2) Larenz, Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, S. 686.
- 3) Erman-Drees, § 823 Vorbem. 5 d) ii); Esser, § 60 Ziff. 10 (S. 243); Larenz, § 14 III b a.E. (S. 161); Larenz, Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, S. 686; Enneccerus-Lehmann, § 15 III 9 (S. 75).
- 4) Vgl. hierzu die von Larenz, Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, S. 686 f angeführte Judikatur.
- 5) Insoweit kann vor allem auf die Judikatur der Strafgerichte verwiesen werden, durch die diese Frage schärfer herausgearbeitet wird, vgl. z.B. RGSt 75, 50, 326; Dallinger, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1956, S. 144.
- 6) Worauf besonders Larenz, Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, S. 686 hinweist.

Ein Schadensersatzanspruch der Alt- oder Neugläubiger der GmbH gegen den Geschäftsführer, der schuldhaft den Konkursantrag bei Überschuldung der GmbH nicht gestellt hat, scheitert also immer schon dann an dieser nach § 823 Abs. 2 Satz 1 iVm Abs. 1 BGB erforderlichen objektiven Zurechnung, wenn der unterbliebene Antrag des in Anspruch genommenen Geschäftsführers zu dem tatsächlichen Geschehensablauf nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Schaden, den der Alt- oder Neugläubiger der GmbH erlitten hat, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen. Dabei ist der unterbliebene Antrag in dem Zeitpunkt als gestellt anzunehmen, in dem der Antrag noch nicht als schuldhaft verzögert hätte bewertet werden können. Bei der Prüfung des hypothetischen Kausalverlaufs ist auch zu beachten, daß die Bindung des Gesellschaftsvermögens und die Aufdeckung der Überschuldung nicht schon mit dem Konkursantrag, sondern erst mit der Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten wäre ¹⁾.

II: Die Haftungsbegrenzung durch den Normzweck

Da sich das Verschulden des in Anspruch genommenen Geschäftsführers nur auf den Verstoß gegen die Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH zu beziehen braucht, ist die Frage der Zurechnung des Schadens, mit anderen Worten: die Begrenzung des zu ersetzenden Schadens, besonders wichtig. Sie ist nicht schon mit der ersten objektiven Zurechnung nach der *Conditio-sine-qua-non*-Formel beantwortet. Neben der im Schadensersatzrecht und in diesem Zusammenhang im Bereich der haftungsausfüllenden

1) Vgl. dazu oben S. 4 Anm. 1 und S. 5 Anm. 4.

Kausalität geltenden Adäquanztheorie ¹⁾, nach der inadäquate Schäden nicht zu ersetzen sind ²⁾, erfolgt die Haftungsbegrenzung im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB nach dem Zweck des verletzten Schutzgesetzes ³⁾. Danach ist nur der Schaden zu ersetzen, der die Verwirklichung der Gefahren darstellt, die die Konkursantragspflicht bei Überschuldung für die Altgläubiger und Neugläubiger (Dritte) der GmbH zu verhüten bezweckt ⁴⁾.

Die Altgläubiger können deshalb Ersatz ihres Schadens nur insoweit verlangen, wie der Ausfall ihrer Forderungen im Konkurs darauf beruht, daß die Konkursquote infolge des schuldhaft verzögerten Konkursantrags niedriger ausfiel als sie ausgefallen wäre, wenn der in Anspruch genommene Geschäftsführer den Konkursantrag pflichtgemäß gestellt hätte.

Fallen dagegen die Neugläubiger ⁵⁾ im Konkurs der GmbH mit ihren Forderungen aus, so besteht ihr Schaden nicht nur in der Differenz zwischen der Befriedigung, die

-
- 1) Inzwischen setzt sich die Meinung, der Schaden werde durch den Zweck der verletzten Norm begrenzt, über die Fälle des § 823 Abs. 2 BGB hinaus durch, vgl. z.B. BGHZ 27, 137; bestritten ist innerhalb dieser Meinung noch, ob dieses Kriterium neben die Adäquanztheorie tritt, so z.B. Boehmer, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 22.4.1958 (= JZ 1958, S. 742), JZ 1958, S. 743; Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, S. 64; Erman-Drees, § 823 Vorbem. 5 d) bb); Lorenz, I § 14 III b (S. 161); Lehmann, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 9.12.1958 (= NJW 1959, S. 479), NJW 1959, S. 670; Thomas Raiser, Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm, JZ 1963, S. 465; Soergel-Siebert-Schröder, § 823 Anm. 127; oder ob es an die Stelle der Adäquanztheorie tritt, dafür z.B. Hermann Lange, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, S. 59; Rabel, Das Recht des Warenkaufs, Bd. 1, S. 489, 495 ff; gegen Lange Esser, 1968, § 45 I a.E. (S. 310 oben).
 - 2) Über die verschiedenen Spielarten vgl. z.B. Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, §§ 249 - 253, Anm. 17 - 22.
 - 3) Ganz herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung, Palandt-Gramm, § 823 Anm. 12 a.
 - 4) Vgl. oben S. 3.
 - 5) Vgl. oben S. 5, insbesondere S. 6 ff; dort auch über die ablehnde Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum.

sie bezüglich ihrer Ansprüche erhalten hätten, wenn der in Anspruch genommene Geschäftsführer pflichtgemäß den Konkursantrag nach Entstehung ihrer Ansprüche gestellt hätte, zu der tatsächlichen Befriedigung, die sie in dem Konkursverfahren erhalten haben. Sie können vielmehr Ersatz für die erbrachte Vorleistung und das gegebene Darlehn in vollem Umfang verlangen, soweit sie nicht schon im Konkursverfahren befriedigt werden. Ist der Neugläubiger zum Beispiel Kaufmann und bestand seine Vorleistung in einer Warenlieferung, dann wird man bei der Ersatzberechnung nicht vom Einkaufs- oder Herstellungswert der Waren, sondern von dem Verkäuflichkeitwert auszugehen haben ¹⁾. Hat er aber der GmbH die Waren vereinbarungsgemäß zu einem unter dem Verkäuflichkeitwert liegenden Kaufpreis überlassen, dann ist bei der Berechnung des Schadens höchstens dieser zugrunde zu legen. Denn es ist nicht die Aufgabe der Konkursantragspflicht, allgemein unprofitable Geschäfte zu verhindern, sondern nur die sich aus der Überschuldung ergebende Äquivalenzstörung des Leistungsaustausches auszuschalten.

Hat der in Anspruch genommene Geschäftsführer schuldhaft die Konkursantragspflicht bei Überschuldung verletzt und ist daraus dem Alt- oder Neugläubiger der GmbH ein Schaden entstanden, so hat der Geschäftsführer - unter Beachtung der Schadensbegrenzung aus dem Normzweck der Konkursantragspflicht bei Überschuldung - den Zustand herzustellen, der wirtschaftlich dem hypothetischen Zustand entspräche, der bestehen würde, wenn er den Konkursantrag pflichtgemäß gestellt hätte (§ 249 Satz 1 BGB). Ist die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden, dann kann der Geschäftsführer durch Geld entschädigen (§ 251 Abs. 2 BGB). Ist die Herstellung unmöglich oder zur Entschädigung nicht genügend, hat der Geschäftsführer in Geld zu entschädigen (§ 251 Abs. 1 BGB).

1) Über die praktischen Schwierigkeiten, im Einzelfall die Grenze des Schutzzwecks zu bestimmen, vgl. z.B. Hermann Lange, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, insbesondere S. 49 bis 54.

III: Das mitwirkende Verschulden

Schließlich ist § 254 BGB zu beachten.

Die Möglichkeit einer Beschränkung der Schadensersatzpflicht wegen mitwirkenden Verschuldens bei der Entstehung des Schadens (§ 254 Abs. 1 BGB) kommt bei den Gläubigern in Betracht, die trotz Kenntnis oder schuldhafter Unkenntnis von der Überschuldung der GmbH dieser Gesellschaft noch Kredite gewähren oder ihr Vorleistungen erbringen. Zwar wird hierdurch der gesetzliche Schutzzweck der Konkursantragspflicht bei Überschuldung auch gegenüber dem sich in dieser Weise selbst gefährdenden Dritten nicht eingeschränkt ¹⁾. Auch die Annahme einer stillschweigenden rechtfertigenden Einwilligung in die Verletzung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung läuft selbst in dem Fall, in dem der Dritte für den in Anspruch genommenen Geschäftsführer erkennbar von der Überschuldung wußte, auf eine unzulässige Fiktion hinaus. Das gilt erst recht für die Annahme eines stillschweigenden Haftungsausschlusses, der einem rechtsgeschäftlichen Vertrag zwischen dem geschädigten Gläubiger der GmbH und dem in Anspruch genommenen Geschäftsführer voraussetzen würde. Wer aber in dieser Weise handelt, begibt sich bewußt gerade in die Gefahr, die in der Überschuldung der GmbH liegt und vor der die Konkursantragspflicht ihn schützen soll. Könnte er, nachdem sich diese Gefahr für ihn in einem Schaden verwirklicht hat, diesen Schaden in vollem Umfang von dem Geschäftsführer verlangen, dann würde er sich durch dieses Verlangen zu seinem eigenen

1) Nach der Terminologie Stolls liegt also kein echter Fall des Handelns auf eigene Gefahr vor, der zur Verneinung eines Schadensersatzanspruchs führen würde, sondern ein unechter Fall des Handelns auf eigene Gefahr, der nach § 254 BGB zu beurteilen ist, vgl. Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr, S. 366 "Wesentliche Ergebnisse" Ziff 2 und 3 und S. 367 "Wesentliche Ergebnisse" Ziff 6, vgl. auch S. 290.

früheren Verhalten in Widerspruch setzen und dadurch den Grundsatz von Treu und Glauben verletzen. Sein Ersatzanspruch wird deshalb durch § 254 BGB beschränkt ¹⁾.

Die Höhe der Schadensminderung soll sich in erster Linie danach richten, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile "verursacht" worden ist (§ 254 Abs. 1 a.E. BGB). Dieser Grundsatz ist indes wegen der Wertneutralität bloßer Kausalität undurchführbar. Es kommt auf den Grad der Adäquanz an ²⁾. Da der Richter darüber hinaus von den gesamten Umständen, zu denen unter anderem auch das Verschulden des Schädigers und des Geschädigten gehört, auszugehen hat, ist im Fall einer Verschuldenshaftung besonders auch auf den Grad des beiderseitigen Verschuldens abzustellen. So wird die Ab-erkennung eines Schadensersatzanspruchs nur in den praktisch sehr seltenen Fällen in Betracht kommen, in denen der geschädigte GmbH-Gläubiger trotz eigener sicherer Kenntnis von der Überschuldung der GmbH dieser noch Kredit gewährte oder sich zu Vorleistungen ihr gegenüber verpflichtete und sie erbrachte, während die Verletzung der Konkursantragspflicht durch den in Anspruch genommenen Geschäftsführer nur auf leichter Fahrlässigkeit

-
- 1) Die h.M. sieht in § 254 BGB eine Konkretisierung des § 242 BGB, siehe BGHZ 34, 363 f = NJW 1961, S. 657; Larenz, I § 15 I a (S. 177); Lehmann, § 16 vor I (S. 76); Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt, § 254 Anm. 19; a.A. Flume, Anmerkung zu dem angeführten BGH-Urteil, JZ 1961, S. 605, der dem BGH mit der vordergründigen Argumentation, der Geschädigte werde mit der Geltendmachung des Anspruchs auf vollen Schadensersatz nicht wegen "widersprüchlichen Verhaltens" abgewiesen, sondern weil wegen seines Mitverschuldens der Anspruch auf vollen Schadensersatz nicht entstanden sei, nicht gerecht wird.
- 2) Larenz, I § 15 I e (S. 184); Lindemaier, Adäquate Ursache und nächste Ursache, ZHR Bd. 113, S. 260 ff, insbesondere S. 262: "Wahrscheinlichkeitstheorie"; BGH NJW 1952, S. 539: entscheidend sei der höhere Grad der Wahrscheinlichkeit.

beruhte ¹⁾. Auf der anderen Seite kann eine fahrlässige Selbstgefährdung im Einzelfall eine Beschränkung des Schadensersatzanspruches nach § 254 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Wann das der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Zu berücksichtigen sind zum Beispiel: die Stellung des Geschädigten im Wirtschaftsleben (Kaufmann, Minderkaufmann, Handwerker etc.), die danach von ihm zu erwartende Sorgfalt, seine Stellung gegenüber der GmbH (faktische Abhängigkeit der Gesellschaft von ihm) und die Art und Höhe des Kredites oder der Vorleistung. So könnte unter Umständen der Schadensersatzanspruch einer Bank im Rahmen des § 254 Abs. 1 BGB unter den folgenden Voraussetzungen beschränkt werden: 1) Der Bank war aus früheren "Stützungsaktionen" bekannt, daß schon damals die Vermögenslage der Gesellschaft schlecht war, 2) sie gewährt der GmbH ein weiteres Darlehn, das im Verhältnis des von der GmbH betriebenen Unternehmens als hoher Kredit angesehen werden muß, 3) sie hat es nicht für nötig gehalten, sich vorher durch Anfordern eines Vermögensstatus ein Bild von der Vermögenslage der Gesellschaft zu machen, obwohl dies einer branchenüblichen Praxis entgegensteht und nach ihrer eigenen Kenntnis von der bisherigen schlechten Vermögenslage geboten war. Andererseits kann von einem Handwerker im allgemeinen nicht verlangt werden, daß er sich vor Aufnahme seiner Reparaturarbeiten über die Vermögenslage der Gesellschaft unterrichtet.

Eine Beschränkung der Schadensersatzpflicht des in Anspruch genommenen Geschäftsführers wegen unterlassener Schadensabwendung oder Schadensminderung (§ 254 Abs. 2 Satz 1, zweiter Teil BGB) ist möglich, wenn der Geschäfts-

1) Der z.B. mehrere Monate im Ausland weilende Geschäftsführer hatte vor Antritt seiner Geschäftsreise infolge leichter Fahrlässigkeit auf die Zuverlässigkeit des zurückbleibenden Geschäftsführers vertraut und keine Vorkehrungen getroffen, durch die er seiner Überwachungs-pflicht hätte nachkommen können. Infolgedessen blieb ihm die Überschuldung der GmbH verborgen.

fürher die Konkursantragspflicht bei Überschuldung bereits schuldhaft verletzt hat, der geschädigte GmbH-Gläubiger aber selbst trotz Kenntnis von der Überschuldung der GmbH es unterlassen hat, den Konkursantrag wegen Überschuldung zu stellen und dadurch den drohenden (Ausfall-)Schaden abzuwenden. Allerdings darf einem GmbH-Gläubiger dieser Vorwurf nicht voreilig gemacht werden, da er sich selbst, falls er einen Konkursantrag stellt, ohne daß dessen materielle Voraussetzungen vorliegen, der Gefahr einer deliktischen Haftung gegenüber der GmbH aussetzt ¹⁾.

Der geschädigte GmbH-Gläubiger hat sich unter bestimmten Voraussetzungen auch im Rahmen des § 254 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB ein Verhalten Dritter (Erfüllungsgehilfen, gesetzlicher Vertreter, Verrichtungsgehilfen) als eigenes mitwirkendes Verschulden zurechnen zu lassen (§ 254 Abs. 2 Satz 2 BGB) ²⁾.

Soweit es um die Schadensabwendung und die Schadensminderung nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB geht, hat der GmbH-Gläubiger das "Verschulden" seines "Erfüllungsgehilfen", dessen er sich hinsichtlich seiner eigenen Belange bedient, dann nach § 278 BGB als eigenes Mitverschulden zurechnen zu lassen, wenn dessen für den eingetretenen Schaden ursächliches Verhalten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem ihm vom geschädigten GmbH-Gläubiger übertragenen Pflichtenkreis steht ³⁾. Ebenso trifft ihn das "Verschulden"

1) Vgl. BGHZ 36,18 = JZ 1962, S. 94 - 95, wo der BGH entgegen den Vorinstanzen (OLG und LG Düsseldorf) den Standpunkt vertritt, ein Gläubiger verletze das Recht seines Schuldners am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht schon dann, wenn er fahrlässig gegen ihn einen unbegründeten Konkursantrag stellt, die kritische Anmerkung von Baur, JZ 1962, S. 95 - 96, der diese Auffassung für bedenklich hält, vgl. Schönke-Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, § 50 III 3 a a.E. (S. 219).

2) Nach ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Lehre gilt § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB auch für § 254 Abs. 1 BGB; er ist also wie ein "Abs.3" des § 254 BGB zu lesen; z.B. Staudinger-Werner, § 254 Anm. 60.

3) RGZ 141, 356 f; BGHZ 9, 319 f.

seines gesetzlichen Vertreters (§ 278 BGB). Die entsprechende Anwendung des § 278 BGB ist, wie es § 254 Abs. 2 Satz 2 BGB anordnet, insoweit gerechtfertigt, weil zwischen dem geschädigten GmbH-Gläubiger und dem in Anspruch genommenen Geschäftsführer eine schuldrechtliche Beziehung aus der deliktischen Haftung des Geschäftsführers besteht ¹⁾.

Soweit aber ein mitwirkendes Verschulden bei der Entstehung des Schadensersatzanspruchs nach § 254 Abs.1 BGB in Betracht kommt, wird es in der Regel an einer "verbindlichkeitsähnlichen Rechtsbeziehung" ²⁾ zwischen dem Geschäftsführer und dem GmbH-Gläubiger fehlen; denn auch die Anbahnung des Kreditgeschäfts schafft vorvertragliche Rechtsbeziehungen, die die entsprechende Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 Abs. 1 BGB rechtfertigen könnten, nicht zwischen dem Geschäftsführer und dem GmbH-Gläubiger, sondern nur zwischen diesem und der GmbH. Deshalb ist hier in der Regel § 831 BGB entsprechend anwendbar; der geschädigte GmbH-Gläubiger kann also den Entlastungsbeweis führen (§ 831 Abs.1 Satz 2 BGB)³⁾. Ein mitwirkendes Ver-

1) RGZ 141, 356 f.; BGHZ 9,319 f.

2) Eine solche Beziehung wird von der Rechtsprechung als Voraussetzung für die entsprechende Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB verlangt; vgl. z.B. BGB-RGRK-Nastelski, § 254 Anm.59 mit weiteren Nachweisen.

3) Das ist die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, die auch vom Bundesgerichtshof fortgesetzt wird,; vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei BGB-RGRK-Nastelski, § 254 Anm.49 und 65; ebenso Erman-Sirp, § 254 Anm. 5 c; Palandt-Danckelmann, § 254 Anm. 4 a; im Ergebnis zustimmend Soergel-Siebert- Reimer Schmidt, § 254 Anm. 61; im Schrifttum wird auch in diesen Fällen die entsprechende Anwendung des § 278 BGB gefordert, vgl.z.B. Staudinger-Werner, § 254 Anm.61 mit weiteren Nachweisen; der wahre Grund dafür dürfte in der heute als rechtspolitisch verfehlt angesehenen Vorschrift des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB liegen, den man nicht auch noch im Rahmen des § 254 BGB angewendet sehen möchte, vgl. z.B. Gernhuber, Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens, AcP Bd. 152, S. 81 unter IV Abs. 1.

schulden seines gesetzlichen Vertreters kann dem geschädigten GmbH-Gläubiger insoweit nicht angelastet werden ¹⁾.

Soweit sich der geschädigte GmbH-Gläubiger nach §§ 31, 89 BGB das Verschulden seiner Organe zurechnen lassen muß, gilt das auch im Rahmen des § 254 BGB ²⁾.

-
- 1) Ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei BGB-RGRK-Nastelski, § 254 Anm. 59 und 62, vgl. auch Mamney, Zur Anrechnung des Aufsichtsverschuldens des gesetzlichen Vertreters als Mitverschulden des Kindes, NJW 1960, S. 753 ff, mit guter Besprechung der Rechtsprechung.
- 2) Siehe z.B. BGB-RGRK-Nastelski, § 254 Anm. 68 und 69.

2. Teil : Die Haftung der Geschäftsführer, der Gesellschafter und Dritter nach §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB

A : Die besonderen Haftungsvoraussetzungen für Mittäter, Anstifter und Gehilfen

Nach § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB ist jeder Mittäter für den Schaden, der durch die gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung verursacht worden ist, verantwortlich. Anstifter und Gehilfen stehen den Mittätern gleich (§ 830 Abs. 2 BGB).

Als Mittäter können wegen des Sonderdeliktscharakters der Konkursantragspflicht nur Geschäftsführer und Liquidatoren haften. Nur sie sind nach § 64 Abs. 1 und § 71 Abs. 2 iVm § 64 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, den Konkursantrag zu stellen.

Für die Begründung ihrer Haftung hat § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB aber keine praktische Bedeutung. Die pflichtwidrige Handlung besteht bei der Verletzung der Konkursantragspflicht in einem Unterlassen. Die gegenseitige Zurechnung der Tatbeiträge der Mittäter hat deshalb nicht die Bedeutung wie bei den Begehungsdelikten. Jeder Geschäftsführer, der schuldhaft den Konkursantrag nicht gestellt hat, ist Täter. Er haftet nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 64 Abs. 1 GmbHG unabhängig davon, ob zusätzlich die Voraussetzungen der Mittäterschaft vorgelegen haben, weil auch ohne diese Mittät ereigenschaft der Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB erfüllt ist.

Angenommen: Der Geschäftsführer A erkennt am 1. September: die Gesellschaft ist überschuldet. Der Geschäftsführer B erfährt wegen eines Auslandsaufenthalts erst am 1. Dezember davon. Die Umstände liegen so, daß die Konkursantragspflicht sowohl für A als auch für B erst mit Kenntnis von der Überschuldung ¹⁾, also für A am 1. September und für B

1) Vgl. dazu oben S. 64 ff, insbesondere S. 66 ff.

am 1. Dezember entstanden ist. Am 1. Dezember vereinbaren A und B, keinen Konkursantrag zu stellen. Im Konkurs der GmbH, der später auf Gläubigerantrag eingeleitet wurde, fällt der Gläubiger G mit seiner Forderung, die im August entstanden war, zu 100 % aus. Hätte A pflichtgemäß das Konkursverfahren beantragt, wäre die Forderung des G zu 60 % erfüllt worden; auf den pflichtgemäßen Antrag des B zu 40 %. A ist vermögenslos. Haftet B dem G für den Ausfall in Höhe von 60 %?

Das Beispiel zeigt, daß die Mittäterhaftung doch einmal entscheidend werden könnte. B haftet über den Forderungsausfall von 40 %, der auch von ihm zu verantworten ist, hinaus nur, wenn er für die Unterlassung des A als sukzessiver Mittäter eintreten müßte. Wie der Fall strafrechtlich auch zu beurteilen sein mag, zivilrechtlich haftet B nicht für 60, sondern nur für 40 %. Als A bereits verpflichtet war, Konkurs zu beantragen, bestand für B die gleiche Pflicht noch nicht. Täter der Verletzung der Antragspflicht kann nur ein Verpflichteter sein. Aber B ist für den vollen Schaden selbst dann nicht verantwortlich, wenn bei unerlaubten Handlungen, bei denen Täter nur sein kann, wer verpflichtet ist, etwas zu tun, eine gemeinsame Pflicht als Voraussetzung für die Mittäterschaft ¹⁾ nicht erforderlich sein sollte. B hat den vollen Schaden nämlich nicht einmal psychisch mit verursacht. Der gemeinsame Tatentschluß liegt nach der Pflichtverletzung des A, die den Schaden, soweit er 40 % übersteigt, allein herbeigeführt hat.

Haften mehrere Geschäftsführer, dann sind sie Gesamtschuldner (§ 840 Abs. 1 BGB), soweit sie denselben Schaden verursacht haben.

Die Anstifter- und Gehilfenhaftung nach §§ 830 Abs. 2, 823 Abs. 2 BGB iVm § 64 Abs. 1 GmbHG hat dagegen größere praktische Bedeutung. Die geschädigten Gesellschaftsgläubiger können nach diesen Vorschriften auch diejenigen in Anspruch nehmen, die kraft ihrer tatsächlichen Nachtstellung die Geschäftsführer der Gesellschaft beeinflusst haben. In

¹⁾ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 357.

erster Linie werden es Gesellschafter oder bei Strohmanngründungen ihre Hintermänner sein, die diesen Einfluß ausüben. Ebenso kann es sich auch um Gläubiger der GmbH handeln. Ein Gläubiger kann zum Beispiel Einfluß auf die Geschäftsführung gewinnen, wenn die Gesellschaft auf seinen Kredit angewiesen ist.

Die Voraussetzungen für die Anstifter- und Gehilfenhaftung werden im zivilrechtlichen Schrifttum nicht so gründlich erörtert wie im Schrifttum, das die strafrechtliche Teilnehmerhaftung (§§ 48, 49, 50 StGB) behandelt. Entsprechendes gilt für die Gerichtspraxis. Das hat zwei Gründe. Anstifter und Gehilfe verletzen meistens durch ihren Tatbeitrag selbst die durch §§ 823 ff BGB geschützten Rechtsgüter schuldhaft. Sie haften deshalb in der Regel selbst als Täter. Im Gegensatz zum Strafrecht ist im Zivilrecht eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme wegen der gleichen Haftungsfolgen unnötig. Die Voraussetzungen für die Anstifter- und Gehilfenhaftung gewinnen im Zivilrecht aber dann Bedeutung, wenn der Kreis der potentiellen Täter durch eine besondere tatbestandsmäßige Pflichtbindung begrenzt ist (sogen. Pflichtdelikte ¹⁾): § 823 Abs. 2 BGB iVm § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist ein Pflichtdelikt, weil nur die Geschäftsführer den Konkursantrag stellen müssen. Da auch derartige Fälle im Zivilrecht kaum erörtert worden sind, müssen die Voraussetzungen, unter denen jemand wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Verletzung der Konkursantragspflicht haftet, kurz entwickelt werden.

Die folgenden Thesen gelten nur für Pflichtdelikte. Sie können nicht ungeprüft auf andere Fälle übertragen werden (z.B. vorsätzliche Rechtsgüterverletzungen durch positives Tun nach § 823 Abs. 1 BGB).

Anstiftung und Beihilfe setzen eine Haupttat voraus. Der Geschäftsführer, den der Dritte angestiftet oder dem er geholfen haben soll, muß pflichtwidrig unterlassen haben, die Konkurseröffnung zu beantragen. Anstifter ist,

1) Dieser Begriff findet sich bei Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 352 ff (S. 354 unten).

wer den Geschäftsführer dazu vorsätzlich bestimmt hat ¹⁾; Gehilfe, wer ihm dabei wissentlich Hilfe geleistet hat ²⁾. Mit welchen Mitteln der Anstifter und der Gehilfe ihre Ziele erreicht haben, ist gleichgültig. Der Anstifter kann den Geschäftsführer zum Beispiel beschenkt, bedroht oder getäuscht haben. Gesellschafter brauchen sich oft nur gegen die Konkurseröffnung auszusprechen, um dadurch die Geschäftsführer zu bestimmen, den Konkursantrag nicht zu stellen. Ist der Geschäftsführer schon entschlossen, kann Beihilfe vorliegen. Sie kann durch Rat und Tat erfolgen.

Die Fälle sind noch relativ unproblematisch, wenn Anstifter oder Gehilfen vorsätzlich handeln und auch der Geschäftsführer alle Voraussetzungen einer vorsätzlichen Verletzung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung erfüllt ³⁾. Der Vorsatz der Anstifter oder Gehilfen umfaßt hier nicht nur die pflichtbegründenden Tatumstände des § 64 Abs.1 GmbHG und die eigene Anstifter- und Beihilfehandlung, die Teilnehmer wissen auch, daß der Geschäftsführer vorsätzlich handelt.

Was unter Vorsatz zu verstehen ist, wird zur Zeit im Zivilrecht lebhaft erörtert. Es würde zu weit führen, im Rahmen dieser Arbeit diese Diskussion aufzunehmen. Es soll nur die Richtung gezeigt werden, in der für die Verletzung der Konkursantragspflicht die Lösung zu finden ist.

1) Vgl. § 48 StGB.

2) Vgl. § 49 StGB.

3) Die herrschende Meinung verlangt ein vorsätzliches Zusammenwirken zwischen Täter und Teilnehmer, siehe z.B. RGZ 99,94; 133,329; BGHZ 8,292.

Nach der im Zivilrecht herrschenden Meinung ¹⁾ handelt nur vorsätzlich, wer - Wissen und Wollen der Tatumstände vorausgesetzt - außerdem das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit hat. Rechtsprechung und Lehre haben diesen strengen Satz nur scheinbar durchgehalten. Für § 826 BGB, den praktisch bedeutendsten Fall, in dem im Zivilrecht nur bei Vorsatz gehaftet wird, verlangen weder das Reichsgericht ²⁾ noch der Bundesgerichtshof ³⁾ das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit. Es ist bezeichnend, daß man zu Ausnahmen dort bereit ist, wo man sich nicht damit beruhigen kann, der Handelnde hafte, wenn nicht wegen Vorsatzes, dann eben wegen Fahrlässigkeit. Das trifft neben § 826 BGB zu bei § 823 Abs. 2 BGB iVm einem Schutzgesetz, das dem Strafrecht angehört und Vorsatz erfordert. Schon das Reichsgericht ⁴⁾ hat zu einer Zeit, als im Strafrecht die Schuldtheorie noch nicht galt ⁵⁾, für die Gehilfenhaftung nach §§ 823 Abs. 2,

1) Siehe die Literaturnachweise bei Enneccerus-Nipperdey II, § 210 I 2, Fußnote 3 (S.1302), die Meinung Nipperdeys, die strafrechtliche Rechtsprechung des RG habe das Fehlen des Unrechtsbewußtseins für unbeachtlich gehalten, ist nur für den sogen. strafrechtlichen Rechtsirrtum richtig, der sogen. außerstrafrechtliche Rechtsirrtum schloß auch nach der Rechtsprechung des RGSt den Vorsatz aus; siehe neuestens Baumann, Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht?, AcP 155, S.493; Erman-Drees, § 830 Anm.3; Larenz I, § 19 II (S.218).

2) Siehe z.B. RGZ 123, 278; 161, 233 und weitere Nachweise bei BGB-RGRK-Haager, § 826 Anm.11.

3) Siehe z.B. BGH LM § 826 (Gc) Nr.1 und Nr.2 und weitere Nachweise bei BGB-RGRK-Haager, § 826 Anm.11; die Begründung, zum Tatbestande des § 826 BGB gehöre außer der Schadenszufügung nur ein Verstoß gegen die guten Sitten, nicht gegen das Recht, so daß deswegen eine Erkenntnis der Rechtswidrigkeit von vornherein ausscheide, ist nicht überzeugend, denn auch die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung ist rechtswidrig und die "Erkenntnis" der Rechtswidrigkeit daher sehr wohl möglich; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey II, § 210 I 2 b, Fußnote 13 (S. 1303 und 1304).

4) RGZ 84, 194.

5) Die Rechtsprechung des RGSt unterschied damals noch zwischen Tat- und Rechtsirrtum; nur der sogen. außerstrafrechtliche Rechtsirrtum wurde dem Tatirrtum gleichgestellt und schloß den Vorsatz aus.

§ 30 Abs. 2 BGB ausgeführt, das Bewußtsein, daß man ohne eigenes Recht in eine fremde Rechtssphäre eingreife, könne in besonderen Fällen durch Rechtsunkenntnis ausgeschlossen sein. Dies könne namentlich in Betracht kommen bei einem neuen, noch wenig bekannten Gesetz, das nicht dem Boden des natürlichen Rechtsbewußtseins und der natürlichen sittlichen Anschauungen entsprungen sei, sondern durch positive Bestimmung in polizeilicher Fürsorge für das Gemeinwohl neue Pflichten schaffe. Rechtsunkenntnis sei keinesfalls zu vermuten; es sei Sache des Beklagten, der auf Grund eines solchen Gesetzes in Anspruch genommen werde, das Bestehen des Rechtsirrtums darzulegen. Beruht die Pflichtwidrigkeit der Handlung auf einem alten, bekannten Gesetz, das natürlichem Rechtsbewußtsein und sittlicher Anschauung entspricht, so kann das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit leicht zur Fiktion werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ¹⁾ gilt bei der Haftung nach § 323 Abs. 2 BGB iVm einem Schutzgesetz, das dem Strafrecht angehört und Vorsatz erfordert, die eingeschränkte Schuldtheorie. Diese Rechtsprechung hat Zustimmung gefunden ²⁾. Vorsatz ist nach ihr Wissen und Wollen der Tatumstände. Die subjektive Beziehung des Handelnden zur Pflichtwidrigkeit seines Tuns oder Unterlassens ist neben Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz ³⁾ selbständiges

1) BGH JZ 1963, S. 218 = NJW 1962, S. 910.

2) Zustimmung Fikentscher, § 53 III 3 b und d (S. 261 unten und 263); Larenz II, § 66 II, S. 436 Anm.3; Weitnauer, § 823 II BGB und die Schuldtheorie, JZ 1963, S. 631 (632); zustimmend im Ergebnis auch Wiethölter, § 823 II BGB und die Schuldtheorie, JZ 1963, S. 205 (210) mit anderer Begründung als der BGH; a.A. Erman-Drees, § 830 Anm.12 e) aa) und 11 a; kritisch auch Baumann, Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht? AcP 155, S. 495 (511); ablehnend auch Esser, 1968, § 37 III 2 und 3 a.E. (S. 242 und 243 oben), der annimmt, § 823 Abs.2 BGB verweise nur auf den Tatbestand des Schutzgesetzes, dagegen hätten sich die Voraussetzungen für das Verschulden nach zivilrechtl. Grundsätzen zu richten.

3) Die Vertreter der finalen Handlungslehre rechnen den Vorsatz zum Unrecht, nicht zur Schuld, vgl. z.B. Ennecerus-Nipperdey II, § 210 I 2 (S.1302). Die Meinung ist nicht herrschend.

Schuldelement. Der Handelnde braucht sich der Pflichtwidrigkeit nicht bewußt zu sein. Hat er nicht alles getan, was von ihm unter den konkreten Umständen billigerweise verlangt werden konnte, um sich über die Rechtmäßigkeit seines Handelns zu unterrichten, dann genügt das für den Schuldvorwurf (vermeidbarer Verbotsirrtum = Rechtsfahrlässigkeit). Als eingeschränkt wird die vom Bundesgerichtshof in Strafsachen angewandte Schuldtheorie bezeichnet, weil die irrtümliche Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes den Vorsatz ausschließt.

Nipperdey und andere vertreten unter dem Eindruck der neueren Strafrechtslehre und Praxis der Strafgerichte jetzt auch für das Zivilrecht allgemein eine Schuldtheorie¹⁾. Wie aus dem Strafrecht bekannt ist, muß eine solche Auffassung nicht notwendig mit einer finalen Handlungslehre verknüpft sein.²⁾

Ohne grundsätzlich zu den Entwicklungstendenzen der zivilrechtlichen Schuldlehre Stellung nehmen zu müssen, ist vom Standpunkt des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Meinung für die zivilrechtliche Haftung wegen vorsätzlicher Verletzung der Konkursantragspflicht von der eingeschränkten Schuldtheorie auszugehen. Die zivilrechtliche Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB kann nicht davon abhängen, ob man das Schutzgesetz in § 64 Abs.1 GmbHG (mit zivilrechtlichen Schuldnerfordernissen) oder in § 84 GmbHG (mit strafrechtlichen Schuldnerfordernissen) oder in beiden Vorschriften erblickt.

Nach der eingeschränkten Schuldtheorie ist es nicht schwierig, den folgenden Fall zu lösen.

-
- 1) Siehe Enneccerus-Nipperdey II, § 215 (strenge Schuldtheorie mit individueller Schuld); Geilen, Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht? JZ 1964, S. 6 (8) (Schuldtheorie mit typisierter Schuld); aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dessen Präsident Nipperdey lange war, kann auf BAG 1,79; 2,88 verwiesen werden.
 - 2) Für das Zivilrecht vgl. auch Fikentscher, § 104 III 3 d (S. 577 oben).

Geschäftsführer und Gesellschafter sind sich zusammen klar darüber: die Gesellschaft ist überschuldet. Die Gesellschafter "beschließen", weder das Konkurs- noch das Vergleichsverfahren zu beantragen. Sie "weisen" die Geschäftsführer "an", die Anträge nicht zu stellen. Sie reden den Geschäftsführern, die sich zunächst trotz der Anweisung verpflichtet wissen, die Konkurseröffnung zu beantragen, mit Erfolg ein, die Antragspflicht falle weg, wenn die Gesellschafterversammlung beschlossen habe, es solle kein Antrag gestellt werden.

Die Geschäftsführer irren nicht über Tatumstände, die die Antragspflicht auslösen oder aufheben. Sie handeln vorsätzlich. Ihr Verbotsirrtum wird in aller Regel vermeidbar gewesen sein.

Die Gesellschafter wissen, daß sie durch ihr Verhalten die Geschäftsführer bestimmen, keinen Antrag zu stellen. Sie wissen, falls die Geschäftsführer dazu bereits entschlossen waren, daß sie die Geschäftsführer in diesem Entschluß bestärken werden. Die Gesellschafter wollen das auch.

Die Gesellschafter handeln mit Doppelvorsatz (Haupttat und Teilnahmehandlung). Sie haften, wenn sie wußten oder wissen mußten, daß sie rechtswidrig handelten.

Wie aber, wenn die Geschäftsführer nicht über die Pflichtwidrigkeit, sondern über Umstände, die die Konkursantragspflicht begründen, getäuscht werden?

Der Buchsachverständige B ist an einer GmbH wesentlich beteiligt. Aus berufsrechtlichen Gründen hält den Geschäftsanteil ein Strohmann für ihn. B führt in seiner Buchstelle die Bücher der Gesellschaft und bilanziert für sie. Dabei stellt er fest, daß die Gesellschaft überschuldet ist. Als B den Geschäftsführern die Überschuldungsbilanz vorlegt, entschließen diese sich, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen. B will die Gesellschaft "retten". Er spiegelt den Geschäftsführern, die die Steuerangelegenheiten der Gesellschaft nicht überblicken, vor, er habe aus Versehen einen Steuererstat-

tungsanspruch der Gesellschaft nicht in den Vermögensstatus aufgenommen. Die Geschäftsführer berücksichtigen diesen Anspruch und halten die Gesellschaft deshalb nicht für überschuldet. Bestünde der Anspruch, wäre die Annahme richtig. Die Geschäftsführer melden nicht Konkurs an. B hat sein Ziel erreicht. Der Gesellschaftsgläubiger G fällt deshalb in dem später auf Gläubigerantrag eröffneten Konkurs mit seiner Forderung nicht nur zu 40 %, sondern zu 60 % aus. Haftet B?

Der entscheidende Unterschied dieses Falles zu dem vorigen besteht nicht darin, daß dort die Täuschung von Gesellschaftern, hier von einem Nichtgesellschafter ausgeht, sondern in der Art des Irrtums. Im ersten Fall befanden sich die Geschäftsführer in einem Verbotsirrtum, der den Vorsatz nicht ausschloß, hier irren sie über die Überschuldung der Gesellschaft, einen pflichtbegründenden Umstand. Auch nach der eingeschränkten Schuldtheorie schließt das den Vorsatz der Geschäftsführer aus. Kann das aber dazu führen, daß B nicht haftet?

Rechtsprechung und Schrifttum, die sich immer nur allgemein und mehr nebenher zu den Voraussetzungen der Teilnehmerhaftung äußern, sprechen dafür. Immer wieder wird darauf hingewiesen, Täter und Teilnehmer müßten gemeinschaftlich handeln. Dazu sei vorsätzliches Zusammenwirken von Haupttäter und Anstifter oder Gehilfen erforderlich ¹⁾. Teilnahme sei auch dann nicht möglich, wenn der Täter nach §§ 827, 828 BGB nicht zurechnungsfähig sei. Allerdings stelle dann die Handlung des Teilnehmers eine eigene unerlaubte Handlung dar, begangen in mittelbarer Täterschaft ²⁾. Dagegen meinte schon Oertmann ³⁾, es ge-

1) Siehe z.B. BGB-RGRK-Haager, § 830 Anm.4; RGZ 99,90 (94 f), wo das RG ausführt, es genüge, daß der Dritte mit bedingtem Vorsatz handle, wie es andererseits auch beim Gehilfen selbst ausreiche, daß er sich der Möglichkeit bewußt sei, seine Handlung könne die verbottene Handlung des Dritten fördern.

2) Siehe z.B. Erman-Drees, § 830 Anm.3.

3) § 830 Anm. 7. a mit weiteren Nachweisen.

nüge die Teilnahme an einer Handlung, die nach objektiven Merkmalen den §§ 823 ff BGB entspreche; dagegen seien subjektive Erfordernisse für jeden Beteiligten besonders zu bestimmen. Oertmann geht dabei davon aus, Grund der Haftung sei auch bei der Teilnahme (§ 830 Abs. 2 BGB) Kausalität und Verschulden, eine These, an der auch die herrschende Meinung grundsätzlich festhält ¹⁾ und die zu billigen ist. Die Schwäche beider Ansichten liegt in ihrer Verallgemeinerung.

Für Rechtsgüterverletzungen, wie sie z.B. in § 823 Abs. 1 BGB umschrieben sind, mag es für bestimmte Fallgruppen richtig sein, als Voraussetzungen einer Anstiftung oder Beihilfe Vorsatz und Zurechnungsfähigkeit des Haupttäters zu fordern. Fehlen sie und weiß das der "Anstifter", so ist er es, der den Handlungsablauf beherrscht. Er ist (mittelbarer) Täter einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB; der vorsatzlos Handelnde oder Unzurechnungsfähige sein Werkzeug. Entsprechendes gilt für den "Gehilfen". Aber schon in Fällen, in denen der Teilnehmer nicht erkennt, daß der Haupttäter ohne Vorsatz handelt oder unzurechnungsfähig ist, wird die Annahme einer mittelbaren Täterschaft zweifelhaft ²⁾. Für unerlaubte Handlungen, wie die Rechtsgüterverletzungen in § 823 Abs. 1 BGB, liefert die herrschende Meinung brauchbare Kriterien, um Täterschaft und Teilnahme voneinander abzugrenzen. Die hier entscheidende Frage nach der Tatherrschaft über den Handlungsablauf tritt leider oft nicht klar hervor, weil sie nur als Akzessoritätsproblem gesehen wird.

-
- 1) Kritisch dazu Bydlinski, Mittäterschaft im Schadensrecht, AcP 158, S. 410 ff.
 - 2) vgl. hierzu Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 261 - 270, der den Teilnehmer dann als Anstifter ansieht, wenn er den Entschluß zu dem irrtumsbefangenen Verhalten hervorgerufen, und als Gehilfen, wenn er die Handlung unterstützt hat (S. 268 Mitte).

Gerade dort, wo von den Akzessorietätsfragen und der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme auch im Zivilrecht die Haftung abhängt, würden die Erkenntnisse der herrschenden Meinung versagen, wenn man sie unesehen übernehmen wollte. Das gilt für alle Fälle wie den hier zu behandelnden, in denen Täter nur sein kann, wer eine besondere tatbestandsmäßige Pflichtstellung innehat, und Teilnehmer nur, wer außerhalb dieser Pflichtbindung steht. Bei dieser Fallgruppe unerlaubter Handlungen bestimmen sich Täterschaft und Teilnahme nicht mehr nach der Tatherrschaft ¹⁾, sondern danach, ob der Handelnde innerhalb oder außerhalb der besonderen tatbestandsmäßigen Pflichtbindung gestanden hat ²⁾.

Von dieser Erkenntnis ließ sich auch der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ³⁾ leiten, der abgekürzt folgenden Fall zu entscheiden hatte:

Der Angeklagte war Notar und Rechtsberater und gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied einer GmbH. In seiner Eigenschaft als Notar beurkundete er den Erwerb eigener Anteile durch die GmbH, durch den sich der Geschäftsführer der Gesellschaft einer Untreue nach § 81 a GmbHG schuldig machte, weil darin ein Verstoß gegen § 33 Abs. 2 GmbHG lag.

- 1) In der strafgerichtlichen Praxis wird Täterschaft und Teilnahme immer noch nach der Animus-Formel ("Täterwille", "Anstifterwille", "Beihilfewille") abgegrenzt. Im Strafrecht läßt sich dieser subjektive Ausgangspunkt noch rechtfertigen, weil es hier eher darauf ankommen kann, nach dem verbrecherischen "Willen", wenn er nur in einer Handlung seinen Ausdruck gefunden hat, abzustufen. Die strafrechtliche Lehre neigt heute auch mehr zur Abgrenzung nach der Tatherrschaft. Im Zivilrecht kann es m.E. nicht vom "Willen" abhängen, ob jemand haftet, sondern mehr vom konkreten, beherrschbaren Handlungsablauf.
- 2) Diese Erkenntnis beginnt sich im Strafrecht durchzusetzen, vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 352 ff; ders., Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966, S. 293 (295 f); zustimmend jetzt auch Schönke-Schröder, § 47 Vorbem. 7, 23, 24; § 266 Anm. 51; Lange, Buchbesprechung: Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 77, S. 312 (317).
- 3) BGHSt 9, 203 ff.

Als Mitglied des Aufsichtsrats erläuterte der Angeklagte den übrigen Mitgliedern das Geschäft. Daraufhin genehmigte der Aufsichtsrat den Erwerb gegen Auszahlung von 500.000 DM. Der Angeklagte nahm den Kaufpreis für den Verkäufer entgegen und quittierte der GmbH den Empfang des Geldes. Der Angeklagte wollte den Geschäftsführer nur unterstützen. Er hatte keine Tatherrschaft.

Der Senat hat den Angeklagten nicht als Gehilfen, sondern zu recht als Täter einer Untreue nach § 81 a GmbHG beurteilt. Der Senat führt ¹⁾ aus, die Eigenschaft des § 81 a GmbHG - wonach zu bestrafen ist, wer als Geschäftsführer, Liquidator oder Mitglied eines Aufsichtsrats oder eines ähnlichen Organs einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt - bestehe darin, daß der Täter zu einem bestimmten Personenkreise gehöre, dem nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften das Gesellschaftsvermögen anvertraut sei. Diese Gestaltung des Tatbestandes habe einmal zur Folge, daß Außenstehende nicht Täter im Sinne der Sondervorschrift sein könnten, sondern nur Anstifter und Gehilfen. Auf der anderen Seite aber ergebe sich aus der Eigenart des Tatbestandes, daß die Mitglieder des Personenkreises selbst, sofern nur die sonstigen Merkmale des Tatbestandes vorlägen, regelmäßig als Täter hafteten. Denn sie verletzten, auch wenn sie nur zuließen oder förderten, daß ein anderer durch sein Verhalten die Körperschaft unmittelbar benachteilige, doch eine gerade ihnen persönlich auferlegte Vermögensfürsorgepflicht ²⁾.

1) a.a.O., S. 217/218.

2) Der Senat hat an diese überzeugende Begründung noch den Satz angeschlossen: "da darin (der Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht) der Kern ihres Verschuldens liegt, haben sie in solchen Fällen unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Untreue jedenfalls in der Regel notwendig den Täterwillen". Damit wird der "Täterwillen" zur Fiktion oder Vermutung. Beides ist im Strafrecht unzulässig, wo die Täterschaft nachgewiesen werden muß, vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 357.

Entsprechendes gilt für folgenden Fall zu § 84 GmbHG. Geschäftsführer A, der verpflichtet ist, Konkurs anzumelden, legt sein Geschäftsführeramt nieder, bevor er den Konkursantrag gestellt hat. A bestärkt den neuen Geschäftsführer B in dem Entschluß, keinen Konkursantrag zu stellen, obwohl die Gesellschaft immer noch überschuldet ist. A will durch seine Ratschläge dem B nur über dessen Bedenken hinweghelfen. Gleichwohl kann kein Zweifel bestehen: A ist Täter des § 84 GmbHG.

Für die Untreue nach § 266 StGB, einem Pflichtdelikt, hat der Bundesgerichtshof ¹⁾ ausgeführt, daß derjenige, den die Pflicht nicht trifft, trotz Tatherrschaft und Täterwillens nicht Täter, sondern nur Teilnehmer sein könne.

Diese Ausführungen zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beantworten die Frage nach den Teilnahmevoraussetzungen bei der Konkursantragspflichtverletzung noch nicht allgemein. Sie zeigen aber die Grenzen des Lehrsatzes, der Haupttäter müsse vorsätzlich handeln. Für Delikte, bei denen Täterschaft und Teilnahme nach der Tatherrschaft abgegrenzt werden, kann es darauf ankommen, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat. Fehlt es ihm am Vorsatz und wußte der Teilnehmer das, dann hatte er selbst die Tatherrschaft und ist Täter. Anders liegt es bei den Pflichtdelikten. Die Teilnahmeformen werden nicht nach der Tatherrschaft abgegrenzt, sondern danach, ob der Handelnde innerhalb (Täter) oder außerhalb (Teilnehmer) der tatbestandsmäßigen Pflichtbindung gestanden hat. Der Vorsatz beim Täter als Merkmal der Tatherrschaft ist ohne Bedeutung. Bei der Verletzung der Konkursantragspflicht können also nur noch die Auslegung der tatbestandsmäßigen Beschreibung der Teilnahmehandlungen ("bestimmen" und "Hilfe leisten") oder Akzessorietätsgrundsätze für das Erfordernis einer vorsätzlichen Haupttat sprechen.

Im Strafrecht wird die Meinung ²⁾ vertreten, unter

1) BGHSt 13, 331.

2) Siehe z.B. Welzel, Anmerkung BGH Urteil v.1.10.1953 - 4 StR 224/53, JZ 1953, S. 763 f.

Anstiftung sei mehr zu verstehen als ein ursächlicher Beitrag zur Tat, weil das Gesetz sie als "vorsätzliches Bestimmen" definiere. Das "Wesen der Anstiftung" sei eine ganz bestimmte Art der Tatverursachung, nämlich diejenige durch geistiges Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter. Das ergebe sich auch aus der "Natur der Sache". Tatentschluß aber sei der Entschluß zur tatbestandsmäßigen Handlung, also der Vorsatz, nicht aber der Entschluß, eine beliebige Handlung, wie Kaffee trinken oder Spazierengehen, vorzunehmen.

Daran ist richtig, daß die Anstiftung nicht nur irgendein ursächlicher Beitrag zur Tat ist. Sie ist vielmehr eine tatbestandsmäßige Rechtsgüterverletzung - in unserem Fall: die Gefährdung der Gläubigerinteressen - durch die Einwirkung auf den Pflichtträger ¹⁾. Alle weiteren Ableitungen aus dem "Wesen der Anstiftung" und der "Natur der Sache" beruhen auf der Meinung, der Vorsatz sei ein notwendiger Bestandteil der Handlung ²⁾. Diese Ansicht wird von der Gerichtspraxis nicht anerkannt und hat zwar im Strafrecht mehrere, im Zivilrecht aber nur wenige Anhänger gefunden. Täuscht der Hintermann B den Geschäftsführern, die schon entschlossen waren, den Konkursantrag zu stellen, einen Steuererstattungsanspruch vor, und lassen die Geschäftsführer daraufhin ihren Entschluß, Konkurs anzumelden, fallen, weil sie die Gesellschaft unter diesen Umständen für nicht überschuldet ansehen durften, dann hat B sie zu einem nach § 64 Abs. 1 GmbHG objektiv pflichtwidrigen, also tatbestandsmäßigen Unterlassen bestimmt. Im übrigen kann auch der Wortlaut des § 48 StGB, der einer Anstiftung an unvorsätzlicher Haupttat

- 1) Zur Meinung im Strafrecht, die eine Teilnahme an unvorsätzlich begangenen Pflichtdelikten zuläßt, und zum Folgenden vgl. z.B. Roxin, Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966, S. 293 (297 ff) mit Nachweisen aus dem neueren strafrechtlichen Schrifttum.
- 2) Welzel, Teilnahme an unvorsätzlicher Handlung?, JZ 1954, S. 429 verneint das allerdings; s. aber Mezger, Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen, JZ 1954, S. 312.

nicht einmal entgegensteht, allein nichts darüber aussagen, wie die Vorschrift auszulegen ist. Ebenso ist es denkbar, daß ein Dritter das objektiv pflichtwidrige Unterlassen dadurch fördert, daß er den Irrtum der Geschäftsführer, die Gesellschaft sei nicht überschuldet, durch Täuschen aufrechterhält.

Der Grund für die Haftung des Teilnehmers ist die Beteiligung an einer pflichtwidrigen Unterlassung der Geschäftsführer, die zunächst die Vermögensinteressen der Gesellschaftsgläubiger gefährdet und dann zu einem Vermögensschaden geführt hat. Die Teilnehmer sind den Gesellschaftsgläubigern nicht zum Schadensersatz verpflichtet, weil sie die Geschäftsführer in ein zivilrechtliches oder strafrechtliches Verschulden verstrickt haben. Deshalb kann ihre Haftung auch nicht vom Verschulden des Haupttäters abhängen. Der Vorsatz ist, auch soweit im Zivilrecht die eingeschränkte Schuldtheorie gilt, ein Bestandteil des persönlichen Schuldvorwurfs. Dem Dritten ist die Täuschung als Anstiftungs- oder Beihilfehandlung objektiv zuzurechnen, wenn sie das objektiv pflichtwidrige Unterlassen der Geschäftsführer, den Konkursantrag zu stellen, hervorgerufen oder gefördert hat. Ob ihm diese Täuschung auch subjektiv zugerechnet werden kann, bestimmt sich nach seinem eigenen Verschulden. Sein Teilnahmeverschulden setzt unter anderem Vorsatz voraus. Im Beispielsfall muß B die pflichtbegründenden Umstände des § 64 Abs. 1 GmbHG gekannt haben und die Geschäftsführer über diese Umstände haben täuschen wollen, damit sie entweder von ihrem Entschluß, Konkursantrag zu stellen, ablassen (Anstiftung) oder einen solchen Entschluß gar nicht erst fassen (Beihilfe).

Der Gesetzgeber wollte 1943 die Strafbarkeitslücken, die sich bis dahin in Irrtumsfällen besonders bei Sonderdelikten ergaben, schließen. Er führte deshalb die limitierte Akzessorietät ein ¹⁾. Auch ihr liegt die Einsicht

¹⁾ Siehe z.B. Roxin, Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966, S. 293 (298 links unten) mit weiteren Nachweisen.

in die Subjektivität jeden Schuldvorwurfs zugrunde. Die Haftung des Teilnehmers soll von seinem eigenen und nicht außerdem von dem Verschulden eines anderen abhängen.

Die Interessenlage spricht ebenfalls für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Dem geschädigten Gesellschaftsgläubiger ist es gleich, wodurch es dem Teilnehmer gelungen ist, den Geschäftsführer davon abzuhalten, den Konkursantrag zu stellen. Ebenso ist es aber auch vom Standpunkt des Dritten nicht gerechtfertigt, seine Haftung davon abhängen zu lassen, ob er durch Drohen, Überreden oder Täuschen über die Pflichtwidrigkeit die Geschäftsführer beeinflusst hat oder durch Täuschen über Umstände, die den Vorsatz ausschließen.

Bydlinski ¹⁾ vertritt die Ansicht, der Mittäter hafte jedenfalls in Fällen bloßer psychischer Teilnahmehandlungen oft nicht wegen nachgewiesener, sondern wegen möglicher Kausalität seines Tatbeitrages. Eine solche Haftung sei aber nur in Verbindung mit dem schweren Schuldvorwurf gerechtfertigt, den die Rechtsordnung vor allem gegen Personen richte, die gemeinsam ein unerlaubtes Ziel verfolgen. Nicht nur zwischen Mittätern, sondern auch zwischen Täter und Teilnehmer sei vorsätzliches Zusammenwirken erforderlich ²⁾. Das gelte jedoch nur für den Regelfall. Es gebe grobfahrlässige Handlungen, die mißbilligenswerter seien als viele vorsätzliche Taten ³⁾.

Den hier interessierenden Fall, in dem der Teilnehmer vorsätzlich, der Täter vorsatzlos handelt, führt Bydlinski

1) Mittäterschaft im Schadensrecht, AcP 158, S. 410 - 430 (430).

2) Bydlinski untersucht hauptsächlich die Mittäterschaft (§ 830 Abs. 1 Satz 1 BGB). Seine Ergebnisse sollen aber für die Mittäterschaft i.w.S. gelten (S. 430). Dazu zählt er auch die Anstiftung und Beihilfe (S. 410 Mitte).

3) a.a.O., S. 430 oben.

nicht an. Nach seinen Ergebnissen für die Mittäterschaft ¹⁾, die er ohne weitere Untersuchung auch für die Teilnahme für anwendbar hält, ist jedenfalls der Fall unproblematisch, in dem der Teilnehmer eine Bedingung für den Gesamtschaden gesetzt hat. Hier haftet der Teilnehmer.

Stehe jedoch nicht fest, ob der Einfluß eines "Mittäters" auf den Willen des anderen kausal war, dann solle er bei möglicher Kausalität grundsätzlich nur haften, wenn ihn der schwere Vorwurf vorsätzlichen Zusammenwirkens mit dem anderen treffe ²⁾.

Es soll hier nicht weiter verfolgt werden, ob die Ansicht Bydlinskis, bei der Mittäterschaft genüge die Möglichkeit der Kausalität des Tatbeitrags, um die Haftung zu begründen, richtig ist. Von ihrer Richtigkeit ausgehend läßt sich folgendes sagen:

Mittäterschaft setzt einen gemeinsamen Täterplan und ein Zusammenwirken der Beteiligten voraus. Hieran fehlt es, wenn nur der Teilnehmer vorsätzlich, der Täter aber ohne Vorsatz handelt. Diese Fälle kommen praktisch nur bei Pflichtdelikten vor ³⁾; sie sind also selten. Bydlinski hat sie nicht besonders behandelt. Ob er für sie an einem vorsätzlichen Zusammenwirken zwischen Täter und Teilnehmer festhalten würde, ist zweifelhaft. Seine übrigen Ausführungen sprechen eher für den hier vertretenen Standpunkt. Er hebt hervor, daß auch bei der Haftung mehrerer jeder für sein eigenes mißbilligtes Verhalten einstehe und nicht für das eines anderen. Er hafte nicht, weil ein anderer, sondern weil er selbst schuldhaft gehandelt habe ⁴⁾.

1) a.a.O., S. 430 Mitte.

2) a.a.O., S. 430.

3) siehe oben S. 106 f.

4) a.a.O., S. 420 (oben) .

Ebensowenig hängt die Schwere der Schuld des einzelnen gegenüber den geschützten Personen und deren Interessen von dem Verschulden des anderen ab. Das Beispiel zeigt es. B erreicht sein Ziel, daß die Geschäftsführer den Konkurs nicht anmelden, sicherer dadurch, daß er die Geschäftsführer über solche Umstände täuscht, die die Antragspflicht begründen. Beschränkt er sich darauf, die Geschäftsführer, die die tatsächliche Situation voll überblicken, zu überreden, keinen Konkurs anzumelden, dann ist die Gefahr, daß sich die Geschäftsführer eines Besseren besinnen und den Konkursantrag dennoch stellen, viel größer.

Es bleibt der Einwand ¹⁾, die Teilnehmerhaftung bei unvorsätzlich begangenen Pflichtdelikten löse die Tatbestandsmäßigkeit auf und führe zu einer unververtretbaren Haftungsausdehnung. Beschränke der Gesetzgeber die Haftung bei bestimmten Tatbeständen (den echten Sonderdelikten) auf bestimmte Tätergruppen, dann sei es contra legem, auf dem Umweg über eine Teilnahme an vorsatzloser Haupttat die Haftung auf weitere Tätergruppen zu erstrecken. Aber das ist nicht bloß ein Argument gegen die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat ²⁾, sondern gegen jede Teilnahme an Sonderdelikten. Nach ganz allgemeiner Meinung ist aber eine Teilnahme an Sonderdelikten im allgemeinen und auch an der Konkursantragspflichtverletzung der Geschäftsführer und Liquidatoren ³⁾ einer GmbH möglich. Es ist auch keineswegs so, daß über die Teilnahmebestimmungen jeder be-

1) Für das Strafrecht wird er z.B. von Welzel, § 16 I 2 a (S. 109 unten) vorgetragen; dagegen z.B. Roxin, Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966, S. 293 (299).

2) Als solches wird es aber von Welzel a.a.O. verwandt; dagegen ist auch er für die Strafbarkeit des Teilnehmers, wenn der Haupttäter vorsätzlich gehandelt hat.

3) Hachenburg-Klug, § 84 Anm. 15; Scholz, § 84 Anm. 1 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; Vogel, § 84 Anm. 1.

liebige Dritte mit der Pflicht belastet würde, den Konkurs jeder beliebigen überschuldeten GmbH zu beantragen oder doch dafür zu sorgen. Kennt er aber die Umstände, die nach § 64 Abs. 1 GmbHG für die Geschäftsführer die Konkursantragspflicht begründen, und hat er bewußt und gewollt diejenigen, die der Gesetzgeber zu Hütern der Gläubigerinteressen gemacht hat, durch Überreden, Drohen, Täuschen, Raten oder was auch immer so beeinflusst, daß sie den Konkursantrag nicht gestellt haben, dann ist seine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 64 Abs. 1 GmbHG, § 830 Abs. 2 BGB begründet, wenn er die Rechtswidrigkeit seines Handelns erkennen konnte.

B: Die Haftungsfolgen

Die Haftungsfolgen sind im Zivilrecht für die Teilnehmer die gleichen wie für die Täter. Wir können deshalb auf das dort Gesagte verweisen ¹⁾.

3. Teil: Der Zusammenhang zwischen Unterkapitalisierung und Überschuldung einer GmbH

Im ersten Teil der Arbeit hat sich ergeben: Die Pflicht der Geschäftsführer einer GmbH, bei Überschuldung die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen zu beantragen (§§ 64 Abs. 1, 71 Abs. 2, 84 GmbHG), hat einen doppelten Zweck ²⁾:

- 1) Bindung und Verwertung des Gesellschaftsvermögens zur gleichmäßigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger in dem Zeitpunkt, in dem der Wert der Verbindlichkeiten den Wert des Aktivvermögens der Gesellschaft übersteigt;

1) Vgl. dazu oben S. 86 ff.

2) Vgl. dazu oben S. 40.

- 2) Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs davor, Gesellschaften mit beschränkter Haftung noch Kredit zu gewähren, wenn der Wert des Aktivvermögens den Wert der Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht mehr erreicht, der Gesellschaft also jede sachliche Kreditgrundlage fehlt.

A: Die Verwirklichung des Zwecks der Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH

Der Schutz, den der Gesetzgeber mit der Konkursantragspflicht bei Überschuldung den Gesellschaftsgläubigern und Dritten gewähren wollte, wird am einfachsten und sichersten verwirklicht, wenn die Geschäftsführer (Liquidatoren) ihre Antragspflicht ordnungsgemäß erfüllen: Die Auflösung einer überschuldeten GmbH durch rechtzeitige Eröffnung des Konkursverfahrens ist der gesetzliche Normalfall. Aber der Gesetzgeber läßt die Gesellschaftsgläubiger nicht schutzlos, wenn die Geschäftsführer den Konkursantrag schuldhaft verzögert haben. Soweit der Schutz dann nicht mehr auf dem normalen Weg rechtzeitiger Konkurseröffnung erreicht wird, erhalten die Alt- und Neugläubiger der Gesellschaft Schadensersatzansprüche gegen alle, die unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung für den eingetretenen Schaden verantwortlich sind (§§ 823 Abs. 2, 830 BGB). Deshalb war es nach der Untersuchung über den Schutzzweck ¹⁾ erforderlich, die weiteren Voraussetzungen darzulegen, unter denen die Gesellschaftsgläubiger Schadensersatz wegen Verletzung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung verlangen können ²⁾. Die Ausführungen über die Haftungsfolgen ³⁾ haben gezeigt, daß der Ersatzanspruch

1) vgl. oben S. 3 ff.

2) vgl. oben S. 40 ff und 97 ff.

3) vgl. oben S. 86 ff und 115.

durch den Schutzzweck begrenzt und durch das mitwirkende Verschulden des Geschädigten gemindert wird.

Nachdem der Gläubigerschutzzweck und die Wirkung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung erkannt sind, stellt sich die Frage: Welche Bedeutung hat die Konkursantragspflicht bei Überschuldung für die Bewältigung der Haftungsprobleme bei der unterkapitalisierten GmbH? Diese Frage ist neu. Der Grund dafür dürfte darin liegen, daß der Schutzzweck der Konkursantragspflicht bei Überschuldung, soweit er die Neugläubiger betrifft, bisher verkannt wurde.

B: Der Unterschied zwischen Überschuldung und Unterkapitalisierung einer GmbH

Überschuldung und Unterkapitalisierung sind nicht dasselbe. Was Überschuldung ist und wie man sie feststellt, wurde oben bereits ausgeführt ¹⁾. Hier genügt es, in Anlehnung an § 64 Abs. 1 GmbHG zu definieren: Überschuldung liegt vor, wenn der Wert der Verbindlichkeiten den Wert des Aktivvermögens der GmbH übersteigt. Für die Definition der Unterkapitalisierung finden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte. Lehre und Rechtsprechung haben diesen Begriff entwickelt. Eine GmbH gilt danach als unterkapitalisiert, wenn ein "Mißverhältnis" zwischen dem Betriebskapital, das für die satzungsmäßigen Zwecke erforderlich ist, und dem Stammkapital besteht.

Rechtsprechung und Lehre haben noch nicht geklärt, wann das Stammkapital im Verhältnis zum erforderlichen Betriebskapital unzureichend ist. ²⁾ Die Antwort wird im Einzelfall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände gesucht. Zum Beispiel wird es dabei auch darauf ankommen,

1) Vgl. dazu im einzelnen oben S. 41 ff.

2) siehe hierzu die Übersicht bei Kamm, S. 41-56.

in welchen Geschäftszweig der Betrieb, der satzungsmäßiger Zweck ist, einzuordnen ist.

Man könnte versucht sein, unkorrigiert betriebswirtschaftliche Erkenntnisse zu übernehmen. Davor muß gewarnt werden ¹⁾. Die Begriffsbildung in der Betriebswirtschaftslehre und im Recht hat verschiedene Zwecke. In der Betriebswirtschaftslehre wird die Frage nach der "richtigen" Kapitalisierung nicht selten vom Gesichtspunkt optimaler Rentabilität bei minimalem Eigenrisiko beantwortet werden. Diese Betrachtungsweise geht von den Interessen des Betriebsinhabers aus. Sie ist für den Juristen zu einseitig. Andere Interessen, insbesondere die der Gesellschaftsgläubiger, müssen ebenso bedacht werden.

Um die Bedeutung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung für die Haftungsprobleme bei der unterkapitalisierten GmbH untersuchen zu können, genügt es, in Anlehnung an den II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs von Unterkapitalisierung zu sprechen, wenn das Stammkapital im Verhältnis zum Betriebskapital der GmbH, das für die satzungsmäßigen Zwecke erforderlich ist, völlig unzureichend ist ²⁾. Diese Definition setzt unausgesprochen voraus, daß das geltende Recht für das Verhältnis von Satzungszweck und Stammkapital überhaupt ein Mindestanfordernis aufstellt, bei dessen Fehlen ein Mißverhältnis vorliegt, das allein oder im Zusammenhang mit anderen Voraussetzungen Rechtsfolgen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger auszulösen vermag.

Um das erforderliche Betriebskapital und das Stammkapital wertend ins Verhältnis zueinander setzen zu können, muß man sich vergegenwärtigen: Was ist Betriebskapi-

1) Vgl. dazu auch Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, S. 7 und 8; a.A. Kamm, S. 41.

2) BGHZ 31,258 (268) = WM 1960, S. 41 (44 Mitte):
"Für die satzungsmäßigen Zwecke ... war ein Stammkapital von ... völlig unzureichend".

tal, was Stammkapital? Welchen Zweck hat das erforderliche Betriebskapital, welchen das Stammkapital?

Das Betriebskapital ist die Gesamtheit aller (aktiven) Vermögensgegenstände einer Gesellschaft. Erforderlich ist das Betriebskapital insoweit, als darauf zur Erfüllung des satzungsgemäßen Gesellschaftszwecks (Gegenstand des Unternehmens) nicht verzichtet werden kann.

Das Stammkapital ist nur eine Ziffer. Diese Ziffer entspricht der Höhe nach der Summe der Stammeinlagen, die die Gesellschafter insgesamt übernommen haben. Sie muß mindestens 20.000 DM betragen.

Die Gesellschafter müssen bei der Gründung der Gesellschaft also Stammeinlagen von insgesamt mindestens 20.000 DM übernehmen. Das Gesetz stellt durch mehrere Vorschriften sicher, daß die Gesellschafter sich ihrer übernommenen Einlageverpflichtungen nicht entziehen. Dadurch wird erreicht, daß die Gesellschaft im Gründungsstadium ein Eigenkapital hat, das der Stammkapitalziffer entspricht und mindestens 20.000 DM beträgt ¹⁾.

Solange die Gesellschaft besteht, darf sie den Gesellschaftern als solchen ²⁾ nichts zuwenden, soweit dadurch das Reinvermögen der Gesellschaft unter die Stammkapitalziffer fallen würde (§ 30 Abs. 1 GmbHG). Hierin besteht, da die meisten Gesellschaften sich nicht gerade im Gründungsstadium befinden, die Hauptbedeutung der Stammkapitalziffer.

Der Stammkapitalbetrag wird im Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht (§ 10 GmbHG). Jeder,

1) Das gilt jedoch, falls das Stammkapital nur teilweise eingezahlt wird, nur in dem Fall, in dem die Ansprüche der Gesellschaft auf die ausstehenden Einlagen vollwertig sind. Bei schlechter Vermögenslage der Gesellschafter (beachte § 24 GmbHG!) braucht das nicht zuzutreffen.

2) Das gilt nicht, soweit die Gesellschafter der Gesellschaft wie Dritte gegenüberstehen, vgl. dazu z.B. Hachenburg-Schmidt, § 30 Anm. 6 - 6 c.

der zu der Gesellschaft in rechtsgeschäftliche Beziehungen treten will, soll daraus ablesen können: Die Gesellschafter haben mit vollem Verlustrisiko insgesamt nur ein Vermögen eingesetzt, das dem Stammkapitalbetrag entspricht. In Höhe dieses Betrages ist der Zugriff der Gesellschafter als solcher auf das Reinvermögen der Gesellschaft unzulässig.

Mehr garantiert die Stammkapitalziffer nicht. Das Stammkapital ist insbesondere kein Garantiefond, in dem ständig ein Reinvermögen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger bereitgehalten wird. Die Bindung des Gesellschaftsvermögens zur Erhaltung eines Reinvermögens, das der Stammkapitalziffer entspricht, besteht nur im Verhältnis der Gesellschaftsgläubiger zu den Gesellschaftern als solchen.

Daraus folgt: Eigenkapital (= Wert des Aktivvermögens minus Wert der Verbindlichkeiten der Gesellschaft > 0) und Überschuldung (= Wert des Aktivvermögens minus Wert der Verbindlichkeiten < 0) sind - vom Gründungsstadium abgesehen - vom Betrag des Stammkapitals unabhängig. Es gibt unterkapitalisierte Gesellschaften, bei denen das Verhältnis von Eigenkapital und Betriebskapital der "goldenen Bilanzregel" ¹⁾ entspricht, und nicht unterkapitalisierte Gesellschaften, die überschuldet sind. Gleichwohl hat die Unterkapitalisierung ihre Gefahren.

C: Die Gefahren der Unterkapitalisierung

I: Die geringe Bindung des Vermögens der Gesellschaft

Eine dieser Gefahren liegt darin, daß die Gesellschafter der Gesellschaft das Reinvermögen bis auf einen Teil, der dem Stammkapitalbetrag entspricht, entziehen. Es handelt sich dabei um die Rückzahlung von Nachschüssen oder um die

1) = Deckung des Anlagevermögens durch Eigenkapital, vgl. dazu z.B. Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, S. 11, insbesondere Anm. 7 und 8.

Ausschüttung thesaurierter Gewinne, die die Gesellschaft trotz Unterkapitalisierung erwirtschaftet hat. Im ersten Fall, in dem die Einforderung von Nachschüssen erforderlich geworden war, ist der Gesetzgeber mißtrauisch. Er unterstellt die Rückzahlung deshalb - zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger - besonderen Voraussetzungen (§ 30 Abs. 2 GmbHG). Solange aber überhaupt ein Reinvermögen der Gesellschaft, und seien es nur 20.000 DM ¹⁾, vorhanden ist, sind die Gesellschaftsgläubiger sicher, befriedigt zu werden. Dabei ist zu beachten, daß im Rahmen des § 30 Abs. 1 GmbHG die Bewertungsgrundsätze des § 42 GmbHG gelten. Darin liegt ein weiterer Schutz der Gläubiger. Der tatsächliche Wert des Vermögens der Gesellschaft liegt in der Regel über dem "Buchwert", wie er in den Gewinnermittlungsbilanzen üblich und zum Teil zwingend geboten ist.

Diese Gefahr der Unterkapitalisierung, die den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar durch die Gesellschafter droht, ist also nicht so groß, wie man auf den ersten Blick annehmen könnte. Entscheidend aber ist vor allem, daß der Gesetzgeber die potentiellen Gläubiger vor dieser Gefahr durch das Handelsregister und die öffentliche Bekanntmachung geschützt hat ²⁾. Da sich die Unterkapitalisierung in einem krassen Mißverhältnis von Stammkapital zu erforderlichem Betriebskapital manifestiert, sind für jeden Dritten Anhaltspunkte für ihre Feststellung durch Einsichtnahme in das Handelsregister oder die öffentliche

1) Das "Polster" von 20.000 DM ist dünn. Es ist deshalb erwägenswert, auch für die GmbH ein höheres Mindeststammkapital zu fordern.

2) Sten.Ber., 8. Legisl., I.Sess., 1890/92, 5.Anlageband, Anlage Nr. 660, S. 3736 rechts zu § 10 führen aus: "Der vom Registergericht zu veröffentlichende Auszug aus dem Gesellschaftsvertrage muß diejenigen Punkte enthalten, welche für die außerhalb der Gesellschaft stehenden Interessenten in erster Linie von Wichtigkeit sind." vgl. auch §§ 9 - 14 HGB.

Bekanntmachung der Eintragung zu gewinnen. Daraus ergibt sich einerseits die Höhe des Stammkapitals und andererseits kann aus dem ebenfalls eingetragenen und veröffentlichten Gesellschaftszweck (genauer: "Gegenstand des Unternehmens") ¹⁾ auf das erforderliche Betriebskapital geschlossen werden. Damit sind die beiden notwendigen Größen für die Feststellung einer Unterkapitalisierung jedem Dritten zugänglich. Es ist die Sache eines jeden, der sich am Wirtschaftsverkehr, insbesondere am rechtsgeschäftlichen Verkehr mit einer GmbH beteiligt, sich gegen diese Gefahr der Unterkapitalisierung selbst zu schützen ²⁾. Eine Situation, in der der Gläubiger macht- und intellektmäßig überfordert wäre ³⁾, liegt nicht vor ⁴⁾. Er kann entweder

- 1) Über den Unterschied zwischen Gesellschaftszweck und Gegenstand des Unternehmens, der enger ist als der Zweck, vgl. z.B. Baumbach-Hueck, § 3 Anm. 4 A und B; für eindeutige und bestimmte Bezeichnung des Tätigkeitskreises einer AG vgl. z.B. außer Baumbach-Hueck, § 23 AktG 1965 Anm. 11, noch Gadow-Fischer, § 16 AktG 1937, Anm. 11; zum neuen Aktienrecht, das jetzt in § 23 Abs. 3 Nr. 2 ausdrücklich fordert: "... Gegenstand des Unternehmens; namentlich ist bei Industrie- und Handelsunternehmen die Art der Erzeugnisse und Waren, die hergestellt und gehandelt werden sollen, näher anzugeben;...", vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs, Kropff, Aktiengesetz, S. 43, in der darauf hingewiesen wird, daß auch nach § 16 AktG 1937 eine ganz allgemeine farblose Bezeichnung unzulässig gewesen sei, wogegen die Praxis häufig verstoßen habe. Bedenklich Hachenburg-Schilling, § 1 Anm. 14 und § 3 Anm. 9, wenn er meint, mit einem Schutze für die mit der GmbH in Verkehr tretenden Personen habe dies nichts zu tun. Weshalb soll denn der Gegenstand des Unternehmens eingetragen und veröffentlicht (!) werden, wenn nicht im Interesse Dritter?; vgl. auch Voranmerkung.
- 2) Hofmann, Zum "Durchgriffs"-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, S. 1945 links.
- 3) Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, S. 8 unten, sieht hierin einen entscheidenden Grund für einen besonderen Gläubigerschutz.
- 4) In diesem Sinne auch das LG Stuttgart, Urteil v. 9.11.1951, abgedruckt in der Anmerkung zu diesem Urteil von Sidlo, GmbH-Rdschau 1951, S. 187 (links).

Kreditsicherung verlangen oder auf das Geschäft ganz verzichten. Die Bank, die unbesehen Kredit an eine GmbH gibt, und der Lieferant, der, um "Umsatz zu machen", ohne Sicherungsvorkehrungen seine Waren an eine GmbH gibt, werden insoweit als nicht schutzwürdig angesehen.

II: Die Begünstigung der Überschuldung der Gesellschaft

Für das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an voller Befriedigung birgt die Unterkapitalisierung eine größere Gefahr insoweit, als sie unter Umständen die Überschuldung herbeiführt.

Ist eine GmbH unterkapitalisiert und hat sie außerdem nur wenig Eigenkapital, dann wird es für die Gesellschaft schwierig, das erforderliche Betriebskapital durch normale Fremdfinanzierung zu beschaffen. Vorsichtige Kreditgeber - zu ihnen gehören vor allem die Banken - sind nur gegen besondere Sicherheiten bereit, der Gesellschaft Kredite zu geben. Fehlendes Betriebskapital schränkt die Dispositionsmöglichkeiten der Geschäftsführer ein. Damit wächst die Gefahr, daß die Gesellschaft unrationell arbeitet, dem scharfen Wettkampf am Absatzmarkt nicht gewachsen ist und Verluste einstecken muß. Das führt schließlich zur Überschuldung. Die Meinung von Wüst ¹⁾, Unterkapitalisierung und Überschuldung seien Stationen einer negativen Unternehmensentwicklung, die nicht allzuweit auseinanderliegen, wird in vielen Fällen zutreffen.

Hat die GmbH trotz Unterkapitalisierung ein ausreichendes Eigenkapital, dann wird ein vorsichtiger Kreditgeber trotzdem nicht auf die derzeitige Vermögenslage der Gesellschaft allein vertrauen. Er weiß, daß die Gesellschafter diese Situation durch Ausschüttungen sehr schnell zu seinem Nachteil verändern können. Auch er wird sich also besonders absichern wollen. Werden keine Sicherheiten gewährt, besteht

1) Gläubigerschutz bei der GmbH, S. 27.

auch hier die Gefahr, daß die Gesellschaft die Betriebsmittel, die außer dem vorhandenen Eigenkapital erforderlich sind, nicht als ordentliche Fremdmittel erhält. Der Weg zur Überschuldung ist wegen des vorhandenen Eigenkapitals weiter als im ersten Fall. Ziehen die Gesellschafter bei ersten Krisenanzeichen das vorhandene Eigenkapital bis zum Betrag der Stammkapitalziffer ab, dann kann es auch hier die Unterkapitalisierung sein, die den ersten Schritt zur Überschuldung ausgelöst hat.

D: Die Versuche der Gesellschafter, die Gefahren der Unterkapitalisierung zu bannen

Die Gesellschafter sind aufgerufen, der Gesellschaft zu helfen, wenn das erforderliche Betriebskapital wegen der Unterkapitalisierung nicht mehr im Wege ordentlicher Fremdfinanzierung besorgt werden kann und die Gefahren, die darin für die Entwicklung des Unternehmens liegen, vermieden werden sollen. Die wirksamsten Hilfen sind die ordentliche ¹⁾ Stammkapitalerhöhung, die Einforderung von Nachschüssen und der freiwillige Nachschuß.

I: Die Stammkapitalerhöhung

Die Stammkapitalerhöhung ist der einzige Weg, auf dem nicht nur das tatsächliche Betriebskapital durch Leistungen der Gesellschafter auf das erforderliche Betriebskapital erhöht, sondern auf dem zugleich die Unterkapitalisierung selbst behoben werden kann. Sie bedarf als Satzungsänderung eines Gesellschafterbeschlusses in der Form des

1) Die Stammkapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (vgl. Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vom 23. Dezember 1959 (BGBl I, S. 789 ff)) kommt nur für unterkapitalisierte Gesellschaften mit genügend Eigenkapital in Betracht. Der Gesellschaft werden keine neuen Mittel zugeführt. Das Eigenkapital wird durch die Erhöhung der Stammkapitalziffer in höherem Maße dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG unterworfen.

§ 53 GmbHG und einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit die Satzung nicht mehr verlangt. Außerdem muß mindestens ein Gesellschafter oder Nichtgesellschafter bereit sein, die neue Stammeinlage zu übernehmen. Eine Stammkapitalerhöhung kann die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschafterversammlung verschieben und die Gesellschaftsstruktur einschneidend verändern. Die Stammkapitalerhöhung läßt sich aus diesen Gründen nur schwierig, oft überhaupt nicht durchführen.

II: Die Nachschüsse der Gesellschafter

§ 1 Der ordentliche Nachschuß

Die Einforderung von Nachschüssen ändert an der Unterkapitalisierung nichts. Die Stammkapitalziffer und das erforderliche Betriebskapital ändern sich nicht. Aber das tatsächliche Betriebskapital wird vermehrt. Decken sich durch die Einforderung von Nachschüssen das erforderliche und das tatsächliche Betriebskapital, dann sind die Gefahren, die darin liegen, daß es der Gesellschaft am erforderlichen Betriebskapital fehlt, gebannt. Darüber hinaus wird das Eigenkapital der Gesellschaft erhöht ¹⁾. Die Gesellschaft darf den Gesellschaftern die Nachschüsse nur zurückzahlen, soweit dadurch nicht der Wert des Reinvermögens unter die Stammkapitalziffer fällt. Außerdem ist die Rückzahlung zum Schutze der Gläubiger weiter erschwert (§ 30 Abs. 2 GmbHG). Damit behält das Stammkapital auch für das veränderliche Nachschußkapital seine volle Garantiefunktion: In Höhe des Stammkapitalbetrags ist das Reinvermögen der Gesellschaft dem Zugriff der Gesellschafter auch insoweit entzogen, als in ihm Nachschüsse der Gesellschafter enthalten sind (§ 30 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

Voraussetzung einer jeden Einforderung ²⁾ von Nach-

1) oder die Überschuldung beseitigt oder doch vermindert, vgl. dazu oben S. 71 f., insbesondere S. 73 f.

2) Die Einforderung selbst erfolgt durch Gesellschafterbeschuß, der die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erfordert (§§ 45, 47 GmbHG). Erst durch ihn entsteht die Nachschußverpflichtung der einzelnen Gesellschafter.

schüssen ist, daß die Satzung eine Nachschußpflicht der Gesellschafter vorsieht (§ 26 Abs. 1 GmbHG). Hieran fehlt es bei den meisten Gesellschaften. Es ist dann zunächst ¹⁾ ein satzungsändernder Gesellschafterbeschuß in der Form des § 53 GmbHG mit Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich, soweit die Satzung nicht mehr verlangt. Außerdem muß jeder Gesellschafter, für den eine Nachschußpflicht vorgesehen ist, zustimmen (§ 53 Abs. 3 GmbHG).

Damit stehen der Einforderung von Nachschüssen meistens ähnliche Schwierigkeiten entgegen wie der Stammkapitalerhöhung.

§ 2 Der freiwillige Nachschuß

Die Gesellschafter können schließlich freiwillige Nachschüsse, oft als Zuschüsse oder Zubeußen bezeichnet, an die Gesellschaft leisten ²⁾. Sie werden nicht wie die ordentlichen Nachschüsse auf Grund eines Gesellschafterbeschlusses, der sich auf die in der Satzung vorgesehene Nachschußpflicht der Gesellschafter gründen muß, geleistet. Die Schwierigkeiten, an denen Stammkapitalerhöhung und ordentlicher Nachschuß oft scheitern, stehen den freiwilligen Nachschüssen nicht entgegen. Dabei vermehren auch sie das vorhandene Betriebskapital und das Eigenkapital ³⁾ der Gesellschaft. Die Rückzahlung der freiwilligen Zuschüsse unterliegt zwar nicht den besonderen Voraussetzungen, wie sie für die ordentlichen Nachschüsse in § 30 Abs. 2 GmbHG aufgestellt sind. Dagegen bleibt die Garantiefunktion des Stammkapitals: Die freiwilligen Nachschüsse dürfen an die

1) Der satzungsändernde Beschluß, der die Nachschußpflicht einführt, und der Einforderungsbeschluß können zusammenfallen, siehe z.B. Hachenburg-Schmidt, § 26 Anm. 7.

2) Z.B. Hachenburg-Schmidt, § 26 Anm. 5.

3) oder sie vermindern die Überschuldung, vgl. dazu oben S.71 f , insbesondere S.73 f.

Gesellschafter nur insoweit zurückgezahlt werden, als dadurch nicht der Wert des Reinvermögens der Gesellschaft unter den Betrag des Stammkapitals fällt. Ist überhaupt kein Reinvermögen mehr vorhanden oder erreicht sein Wert nicht mehr den Stammkapitalbetrag, entfällt eine Rückzahlung der freiwilligen Nachschüsse ganz (§ 30 Abs. 1 GmbHG).

Die Möglichkeit, der unterkapitalisierten GmbH, die das erforderliche Betriebskapital nicht über Fremdkredite beschaffen kann, freiwillige Nachschüsse zu gewähren, ist also leicht zu verwirklichen und fast ebenso wirksam wie die Einforderung ordentlicher Nachschüsse. Trotzdem wird diese Finanzierungsart anscheinend nicht praktiziert. Das mag viele Gründe haben. Die wichtigsten dürften die folgenden sein:

Sind die Gesellschafter bereit, der Gesellschaft Nachschüsse zu geben, dann ist das im Wege eines ordentlichen Nachschusses selbst dann möglich, wenn die Nachschußpflicht erst noch in die Satzung aufgenommen werden muß. Scheitert ein solcher Versuch, weil einige Gesellschafter zu zusätzlichen Beiträgen nicht mehr bereit oder imstande sind, dann scheuen auch die übrigen Gesellschafter davor zurück, der Gesellschaft freiwillige Zuschüsse zu geben. Sie wollen die Rückzahlung, die auch bei freiwilligen Zuschüssen grundsätzlich einen Gesellschafterbeschuß erfordert, unabhängig von der Gesellschafterversammlung durchsetzen können. Sie sehen angesichts der Zurückhaltung der anderen Gesellschafter nicht ein, weshalb sie der Gesellschaft zinslos ihr Kapital zur Verfügung stellen sollen oder weshalb eine etwaige Zinsvergütung für die freiwilligen Zuschüsse davon abhängen soll, ob die Gesellschaft Gewinn erwirtschaftet.

Vor allem aber wollen die Gesellschafter die Rückzahlung der freiwilligen Zuschüsse nicht davon abhängig

machen, ob die Gesellschaft noch Reinvermögen im Wert des Stammkapitals hat. Und am Konkurs der Gesellschaft wollen sie wenigstens in Höhe der freiwilligen zusätzlichen Beiträge als Konkursgläubiger teilnehmen.

III: Die Gesellschafterdarlehn

Es ist deshalb verständlich, daß in der Praxis die Gesellschafterdarlehn zum bevorzugten Finanzierungsmittel unterkapitalisierter Gesellschaften geworden sind. Die Frage, wie Darlehn, die die Gesellschafter der unterkapitalisierten GmbH gewähren, rechtlich zu behandeln sind, ist im Zusammenhang mit der Unterkapitalisierung einer GmbH wohl am meisten erörtert worden ¹⁾.

Die Gesellschafterdarlehn können die Lücke an erforderlichem Betriebskapital, die die Gesellschaft wegen der Unterkapitalisierung nicht mehr im Wege normaler Fremdfinanzierung schließen kann, ausfüllen. Die Gefahren, die der Unternehmensentwicklung aus dem Mangel an erforderlichem Betriebskapital erwachsen, können durch Gesellschafterdarlehn ebenso vermieden werden wie durch Stammkapitalerhöhung, ordentliche oder freiwillige Nachschüsse der Gesellschafter. An der Unterkapitalisierung der Gesellschaft selbst ändern die Gesellschafterdarlehn allerdings ebenso wenig wie die ordentlichen oder freiwilligen Nachschüsse.

Im Vergleich zu ordentlichen oder freiwilligen Nachschüssen bringt die Finanzierung durch Gesellschafterdarlehn für die Gesellschaftsgläubiger folgende Nachteile: Das Eigenkapital der Gesellschaft wird durch die Gesellschafterdarlehn nicht vermehrt; es bleibt unverän-

1) siehe z.B. Kamm, Gesellschafterdarlehn an Kapitalgesellschaften, Diss., Genf, München 1967; Kamprad, Die Behandlung von Gesellschafterdarlehen an eine GmbH als verdeckte Stammeinlagen im Steuer- und Privatrecht, Diss. Berlin 1967.

dert ¹⁾. Die Rückzahlung der Darlehn unterliegt nicht dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG. Sie ist also auch noch möglich, wenn der Wert des Reinvermögens nicht mehr dem Betrag des Stammkapitals entspricht. Im Konkurs sind die Gesellschafter mit ihren Darlehnsforderungen Konkursgläubiger.

Rechtsprechung und Lehre haben versucht, diese Nachteile für die Gesellschaftsgläubiger zu mildern. In neuerer Zeit geht der Trend dahin, die Gesellschafterdarlehn im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern ²⁾ wie freiwillige Nachschüsse zu behandeln. Am Konkurs der Gesellschaft nehmen die Gesellschafter mit ihren Ansprüchen aus den Gesellschafterdarlehn dann nicht teil. Und die Rückzahlung der Darlehn unterliegt dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG.

4. Teil : Die unterkapitalisierte GmbH in Rechtsprechung und Lehre

A: Die höchstrichterliche Rechtsprechung

hatte sich mit folgenden Fällen zu befassen.

I: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Der II. Zivilsenat des Reichsgerichts ³⁾ entschied folgenden Fall:

- 1) Umgekehrt beeinflusst die Rückzahlung der Darlehn das Eigenkapital ebenfalls nicht. Die Rückzahlung vermindert das Aktivvermögen der Gesellschaft (Kasse oder Bank). In gleichem Umfang sinken aber die Verbindlichkeiten (aus Gesellschafterdarlehn) der Gesellschaft.
- 2) Das wird m.E. von vornherein nicht für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander gelten können.
- 3) JW 1938, S. 862 ff = Deutsche Justiz 1938, S. 601 ff, mit Anmerkung von Friedrich, a.a.O., S. 603 f; zum Sachverhalt vgl. insbesondere JW, a.a.O.; diese Entscheidung wird erwähnt in RGZ 158, 302 (310) = JW 1939, S. 229 - 232; RG JW 1939, S. 355 - 357; RGZ 165, 51 (57), und zwar ohne daß in diesen Fällen die Grundsätze der besprochenen Entscheidung angewendet werden; vgl. auch Boesebeck, Zur Auslegung des § 164 HGB, Anmerkung zu RG JW 1939, S. 229, JW 1939, S. 325 (326 links unten).

Der Kläger gründete mit seinem Schwager eine "Chemische Industrie GmbH". Gesellschaftszweck war Herstellung und Vertrieb chemischer Erzeugnisse. Von den 30.000 DM Stammkapital übernahm der Kläger 27.000 DM, sein Schwager 3.000 DM. Der Kläger leistete auch die Stammeinlage seines Schwagers. Der Schwager des Klägers hatte sich formlos ¹⁾ verpflichtet, seinen Geschäftsanteil an den Kläger abzutreten. Der Kläger wurde einziger Geschäftsführer der Gesellschaft. Er stellte der Gesellschaft ein Grundstück zur Verfügung. Trotzdem reichte das voll eingezahlte Stammkapital für die Kosten der Betriebseinrichtung nicht aus. Die Gesellschaft mußte Kredite aufnehmen, die teils vom Kläger selbst, teils von Dritten, denen der Kläger bürgte, gewährt wurden. Nach einem Dreivierteljahr betrugen diese Kredite nahezu das Doppelte des Stammkapitals. Nach einem weiteren Halbjahr wurde über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet. Der Kläger meldete zur Konkurstabelle folgende Forderungen an: 1) für Grundstücks- miete für 18 Monate insgesamt 4.800 DM, 2) für Geschäfts- führergehalt für 18 Monate insgesamt 9.000 DM, 3) für Dar- lehn und Zinsen insgesamt etwa 37.050 DM, 4) für Lieferung von Maschinen, Büroeinrichtung etc. ca. 30.750 DM, 5) für Begleichung mehrerer Wechsel nebst Kosten ca. 4.150 DM; insgesamt also etwa 85.750 DM. Der beklagte Konkursverwal- ter bestritt die Forderungen. Der Kläger erhob Klage auf Feststellung der Forderungen (§ 146 KO).

Der Senat ²⁾ hat die Klage abgewiesen. Der Kläger müsse sich die Einrede der Arglist (§ 826 BGB) entgegen- halten lassen. Nach den Feststellungen des Berufungsge- richts habe der Kläger eine Gesellschaft oder auch nur eine Einmanngesellschaft überhaupt nicht gründen wollen.

1) Die Formbedürftigkeit ergibt sich aus § 15 Abs.4 GmbHG.

2) Zur Begründung durch den Senat siehe JW 1938, S. 864 - 865; in RGZ 158, 302 (310), wo auf das besprochene Ur- teil hingewiesen wird, erklärt der Senat, daß ohne eine Aufklärung der Beweggründe und des Zweckes der Gründung der Doppelgesellschaft eine abschließende Stellungnahme dazu, ob eine Haftung nach § 826 BGB gegenüber den Ge- sellschaftsgläubigern in Betracht komme, nicht möglich sei.

Er habe nur durch eine Scheingründung die beschränkte Haftung erreichen wollen. Dabei gehe es jedoch nicht um die Frage, ob der Kläger als Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unbeschränkt hafte, weil er bei der Gründung der Gesellschaft das Stammkapital auf einen ganz unzureichenden Betrag festgesetzt habe. Vielmehr sei dies nur die Grundlage seines Planes, die Gesellschaftsgläubiger zu schädigen, gewesen. Der Kläger habe durch die Scheingründung nämlich erst die Möglichkeit bekommen, Gläubiger des eigenen Unternehmens, das in den Mantel einer GmbH gehüllt worden sei, zu werden. Dadurch habe er die formalrechtliche Möglichkeit erhalten, die Entstehung von Rechtsbeziehungen zwischen ihm und der Gesellschaft zum eigenen Vorteil und zum Nachteil der (anderen) Gläubiger auszunützen. Planmäßig habe sich der Kläger zum Großgläubiger seines eigenen Unternehmens gemacht, um die wirklichen Gläubiger der Gesellschaft im Falle des Mißlingens des Unternehmens zu schädigen und seinen eigenen Verlust möglichst niedrig zu halten. In eigennütziger Absicht habe der Kläger den Zweck der Gesetzesbestimmungen vereitelt, die den Gläubigern die Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen, das ihnen allein hafte, sichern sollen (§§ 58, 64, 79, 81 a GmbHG).

II: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Dem wichtigen Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ¹⁾ lag folgender Fall zugrunde:

- 1) BGHZ 31,258 = Wertpapiermitteilungen 1960, S.41.
= NJW 1960, S. 285 = Juristische Rundschau 1960, S.180
= Juristenzeitung 1960, S. 539 = Monatsschrift für deutsches Recht 1960, S. 205 = Betriebsberater 1960, S.19 = Der Betrieb 1960, S. 26 = GmbH-Rundschau 1960, S.43; wegen seiner Bedeutung wird das Urteil zwar verkürzt, aber doch sehr ausführlich wiedergegeben; Anmerkungen zu dem Urteil vgl. z.B. Fischer, LM Nr. 4 § 2 GmbHG; Pleyer, GmbH-Rundschau 1960, S. 44; Schönle, GmbH-Rundschau 1960, S. 63 (ablehnend); Neflin, GmbH-Rundschau 1963, S. 41 (45 f).

E und G gründeten die B-GmbH. Gesellschaftszweck war es, Rundflüge, Reklameflüge, medizinische Höhenflüge, Bildflüge, Vermessungsflüge und Schulungsflüge auszuführen. Das Stammkapital betrug 20.000 DM. E und G waren Treuhänder des Beklagten. Nach dem Treuhandvertrag gingen alle Rechte und Pflichten aus der treuhänderischen Tätigkeit zugunsten und zu Lasten des Beklagten. E und G waren verpflichtet, auf Verlangen des Beklagten die übernommenen Geschäftsanteile an den Beklagten oder an von ihm bezeichnete Dritte herauszugeben, wogegen der Beklagte den Treuhändern E und G alle zur Erfüllung dieser Verpflichtungen erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen hatte. E und G durften die treuhänderischen Rechte nur im Benehmen mit dem Beklagten oder seinem Bevollmächtigten und nach deren Weisungen ausüben. E und G waren verpflichtet, auf Verlangen dem Beklagten oder einem von ihm bezeichneten Dritten Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts zu erteilen. Der Beklagte zahlte im ersten Monat nach der Gründung 20.000 DM auf das Stammkapital ein. Knapp zwei Monate nach der Gründung war das Stammkapital bereits verbraucht und die Gesellschaft wegen Zahlungsunfähigkeit, möglicherweise auch wegen Überschuldung, konkursreif. Deshalb stellte der Beklagte der Gesellschaft in den folgenden Fünfvierteljahren Gelder von insgesamt 56.000 DM zur Verfügung. Er behauptete, die Gelder als kurzfristige Darlehn gegeben zu haben, die sofort zurückzuzahlen gewesen seien, sobald der B-GmbH aus den finanzierten Tätigkeiten Mittel zugeflossen seien. Gut acht Monate nach der ersten Kredithingabe, die sich nunmehr schon auf insgesamt 46.000 DM belief, erfolgten die ersten Rückzahlungen, die innerhalb des daran anschließenden Halbjahres insgesamt etwa 25.500 DM betrugen. Etwa eineinhalb Jahre nach der Gründung traten E und G ihre Geschäftsanteile an den Beklagten ab. Ungefähr ein halbes Jahr später wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet. Konkursverwalter wurde der Kläger. Dieser verlangte von dem Beklagten unter anderem Zahlung der zu-

rückgezahlten 25.500 DM an die Gemeinschuldnerin. Im zweiten Revisionszug ¹⁾ verlangte der Kläger vom Beklagten Zahlung von insgesamt etwa 36.000 DM (abzüglich der im ersten Revisionsurteil bereits zugesprochenen 18.000 DM) als den Betrag, den die B-GmbH dem Beklagten insgesamt auf seine Kredite in bar oder durch Sachzuwendungen zurückerstattet hatte. Der Senat ¹⁾ hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, auch die restlichen 18.000 DM an die Gemeinschuldnerin zu zahlen.

Der Senat ²⁾ sieht die Anspruchsgrundlage in § 31 Abs. 1 GmbHG. Danach müssen der Gesellschaft Zahlungen, die den Vorschriften des § 30 GmbHG zuwider geleistet sind, vom Empfänger erstattet werden.

Zwei Voraussetzungen fehlten, um § 31 Abs. 1 GmbHG direkt anwenden zu können. Der Beklagte war, jedenfalls zur Zeit der Hingabe und Rückzahlung der Darlehn, kein Gesellschafter. Er hatte weiter die Gelder der Gesellschaft als kurzfristige Darlehn und nicht als zusätzlichen Beitrag gewährt.

Der Senat führt zu der hier besonders wichtigen zweiten Frage, aus welchen Gründen die Zuwendungen, die der Beklagte der Gesellschaft als kurzfristige Darlehn gewährte, dem Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG unterlagen und die Gesellschaft deshalb gegen den Beklagten einen Rückzahlungsanspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG hatte, folgendes aus:

Für die satzungsmäßigen Zwecke der Gemeinschuldnerin sei ein Stammkapital von 20.000 DM völlig unzureichend gewesen. Der Beklagte habe das eingesehen und daher der Gesellschaft über das Stammkapital hinaus Gelder zur Verfügung gestellt. Die Feststellung des Berufungsgerichts, es habe sich dabei um Darlehn, nicht um Nachschüsse im Sinne

1) BGH, Wertpapiermitteilungen 1963, S. 121 - 122.

2) Vgl. dazu im einzelnen BGHZ 31, 258 (263) = Wertpapiermitteilungen 1960, S. 43 = LM Nr. 4 zu § 2 GmbHG (mit Anmerkung von Fischer) = GmbH-Rundschau 1960, S. 43 f (mit Anmerkung von Pleyer (S. 44 f) und Schönle (S. 63 ff)).

des § 26 GmbHG gehandelt, werde zwar dem Willen der Beteiligten gerecht, rechtfertige aber nicht ohne weiteres, dem Beklagten einen Rückzahlungsanspruch zuzubilligen.

Gesetzlich könne nicht bestimmt werden, daß das Stammkapital einer GmbH nach dem mutmaßlichen Kapitalbedarf der Gesellschaft zu bemessen sei. Eine solche Vorschrift brächte Rechtsunsicherheit mit sich. § 5 Abs. 1 GmbHG begnüge sich damit, ein Mindeststammkapital (20.000 DM) vorzuschreiben. Das bedeute nicht, daß das haftende Kapital ganz ohne Rücksicht auf das für die satzungsmäßigen Gesellschaftszwecke benötigte Kapital festgesetzt werden dürfe. Andererseits sei es der GmbH nicht verwehrt, eine Unterkapitalisierung durch Darlehn ihrer Gesellschafter zu decken oder sich die benötigten Wirtschaftsgüter durch Kauf, Miete oder Pacht von ihren Gesellschaftern zu beschaffen. Gelingen es auf diese Weise, die Gesellschaft vor dem Zusammenbruch zu bewahren und das Gesellschaftsvermögen so weit zu vermehren, daß die mit den Gesellschaftern abgeschlossenen Darlehns-, Kauf-, Miet- und Pachtverträge ohne Gefährdung der Gläubiger erfüllt werden können, so bestehe kein rechtliches Bedenken dagegen, daß die Gesellschaft diese Verträge erfülle.

Das sei aber dann anders, wenn sich die lediglich schuldrechtliche Ausstattung der Gesellschaft mit Mitteln auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger auswirke. Das Reichsgericht (JW 1938, 862; RGZ 166, 51 (57)) habe den Standpunkt vertreten, Forderungen aus Gesellschafterdarlehn müßten im Gesellschaftskonkurs hinter Fremdforderungen zurücktreten, wenn der Gesellschafter durch die Geltendmachung seiner Darlehnsforderung die Konkursgläubiger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise schädige (§ 826 BGB).

Hier gehe es nicht darum, ob eine Gesellschafterforderung zur Konkurstabelle festgestellt werden könne (§ 146 KO), sondern darum, ob sich der Beklagte, der schon vor dem Erwerb eines Geschäftsanteils wie ein Gesell-

schafter zu behandeln gewesen sei ¹⁾, seine "Darlehn" zurückzahlen lassen durfte. Das Berufungsgericht habe festgestellt, daß es der Gesellschaft immer an Geld gefehlt habe. In Ermangelung eigener Werte habe sie keine anderweite Kreditmöglichkeit gehabt. Ohne die neben dem Stammkapital gegebenen Gelder des Beklagten wäre sie bereits im Jahre 1953 zahlungsunfähig und damit konkursreif gewesen. Bei den "Darlehn" sei es nicht um die Deckung eines lediglich vorübergehenden, unerwarteten Geldbedarfs gegangen, sondern um die Behebung einer Illiquidität, die sich daraus ergeben habe, daß die Gemeinschuldnerin mit zu wenig Stammkapital ausgerüstet gewesen sei.

Der Senat stellt fest, daß zur Lösung des vorliegenden Falles nicht das Problem der Unterkapitalisierung in seiner ganzen Breite entschieden zu werden brauche. Es gehe hier nur um den Sonderfall, daß der Hintermann der Gründer die Gesellschaft mit Kapital ausgestattet habe, um auf diese Weise den Konkurs der Gesellschaft abzuwenden.

Zunächst prüft der Senat § 826 BGB. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe von Anfang an gewußt, daß die Gemeinschuldnerin durch den Gesellschaftsvertrag nur unzureichend mit Kapital ausgestattet gewesen sei, trage die Annahme des Schädigungsvorsatzes nicht. Sie stehe in unvereinbarem Widerspruch zu den Feststellungen, der Beklagte habe mit dem wirtschaftlichen Erfolg der Gemeinschuldnerin gerechnet und der Gemeinschuldnerin immer weitere Beträge zur Verfügung gestellt.

Aber die "Darlehn" hätten dazu gedient, die Konkursantragspflicht (§ 64 Abs.1 GmbHG) abzuwenden. Ohne die "Darlehn" wäre die Gesellschaft bereits im September 1953 zahlungsunfähig, möglicherweise auch überschuldet gewesen. Durch die gewährten "Darlehn" sei der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verhindert worden. Wurde die alsbaldige Rückzahlung dieser Gelder geschuldet, so wäre mit ihrer Verausgabung entweder Verschuldung eingetreten oder eine

1) Zur Begründung vgl. I 1 der Urteilsgründe, a.a.O.

etwa bereits vorhandene Überschuldung vergrößert worden. Denn die Gesellschaft habe nur wenig Vermögen besessen, und mit den darlehnsweise zur Verfügung gestellten Geldern sollten nicht Werte geschaffen, sondern laufende Kosten bestritten werden. Hätte der mit dem "Darlehn" verfolgte Zweck erreicht werden sollen, so hätten diese Gelder nicht als Schulden der Gesellschaft erscheinen dürfen, sondern wären vom Beklagten und der GmbH zunächst so zu behandeln gewesen, als seien sie haftendes Kapital. Zu dieser durch den Konkursabwendungszweck der Geldgaben und die wirtschaftliche Struktur des Unternehmens bedingten Folge habe sich der Beklagte durch die Rückforderung seiner "Darlehn" und die Entgegennahme der Darlehnsrückzahlungen in Widerspruch gesetzt. Damit habe er gegen Treu und Glauben verstoßen (§ 242 BGB). Zwar habe die Tatsache der Unterkapitalisierung den Beklagten nicht zu Nachschüssen verpflichtet. Habe er aber der Gesellschaft zur Abwendung der Konkursantragspflicht weitere Gelder zur Verfügung gestellt, so habe er sie nicht zur Unzeit, noch bevor der damit verfolgte Zweck nachhaltig erreicht worden sei, zurückfordern dürfen. Die Gesellschaft habe nicht schon in dem Augenblick mit Schulden aus diesen Geldempfangen belastet werden dürfen, in dem sie Einnahmen erzielt und damit flüssige Mittel in die Hand bekommen habe. Durch die Einnahmen sei das Gesellschaftsvermögen keinesfalls über den Betrag des nun haftenden Kapitals hinausgewachsen. Infolge der Rückzahlung der "Darlehn" seien Fremdforderungen ungedeckt geblieben. Zu den an den Beklagten geleisteten Zahlungen sei also Gesellschaftsvermögen, das wie haftendes Kapital zu behandeln gewesen sei, verwendet worden, bevor es die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft gestattet habe, auf die Ziffer des Stammkapitals zurückzugehen und dem Darlehnscharakter der über das satzungsmäßige Kapital hinaus zur Verfügung gestellten Gelder Rechnung zu tragen.

Da der Beklagte nach Lage der Dinge die Konkursantragspflicht von der Gesellschaft habe nur abwenden können,

wenn seine als Darlehn gegebenen Gelder wie haftendes Kapital behandelt wurden und er sich hierzu nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise in Widerspruch habe setzen dürfen, müsse er sich gefallen lassen, daß auf die Darlehnsrückzahlungen § 31 Abs. 1 GmbH angewendet werde.

B: Die wichtigsten Lehrmeinungen

I: Die Meinung Reinhardts

Aus dem Schrifttum ist vor allem Reinhardt zu erwähnen, der im Rahmen seiner "Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmangesellschaft" ¹⁾ auch das Problem der Unterkapitalisierung neu durchdacht hat. Er macht sich frei von den Formeln, die gerade von der Rechtsprechung mehr beiläufig als zur Begründung der konkreten Fallentscheidung geäußert worden sind ²⁾.

1) Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, II. Band, Seiten 576-593.

2) Vgl. z.B. RGZ 129, 53 f, wo das Gericht unter grundsätzlicher Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit der Gesellschaft und ihres einzigen Gesellschafters ausführt: "Das schließt aber ... nicht aus, daß unter Umständen die Besonderheit des Einzelfalls zu einer abweichenden Handhabung führen kann, wenn die Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen es dem Richter gebieten, die juristische Konstruktion hintanzusetzen". Es handelte sich dabei um eine Entscheidung aus der Aufwertungsproblematik, insbesondere um die Frage, ob bei der Bemessung der Höhe eines von einer Gesellschaft mbH. geschuldeten Aufwertungsbeitrages die Vermögensverhältnisse ihres einzigen (vermögenden) Gesellschafters berücksichtigt werden, wenn sie selbst wirtschaftlich notleidend ist. Aufgegriffen wurde diese Formel auch von BGHZ 22, 230; 26, 33 f. Die Gefahr solcher Formeln liegt darin, daß man mit ihnen letztlich jedes gewünschte Ergebnis begründen kann. Vgl. dazu Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, S. 13 unten und 14 oben; Müller-Freienfels, Zur Lehre vom sogenannten "Durchgriff" bei juristischen Personen im Privatrecht, AcP Bd. 156, S. 522 (536).

Die totale wirtschaftliche Bezogenheit hinsichtlich der Substanz und des wirtschaftlichen Ergebnisses der Gesellschaft auf ihren Gesellschafter rechtfertigt es allein noch nicht, den Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften zu lassen. Es bedürfe eines besonderen Rechtsgrundes für eine solche Haftung. Unter diesen Gründen spielten die Berufung auf den ordre public i.S. der Wahrung bestimmter allgemeiner Ordnungsgrundsätze der Wirtschaft und die Anerkennung besonderer Organisationspflichten aus der Machtlage des Einmann-gesellschafters eine maßgebliche Rolle.

Zu diesen Ordnungsgrundsätzen ¹⁾ gehöre innerhalb einer Verkehrswirtschaft der die Stellung des Unternehmens und des Unternehmers betreffende Satz: Jeder, der sich durch Ausübung unternehmerischer Funktionen im Wirtschaftsleben betätige, habe auch die mit dem Unternehmen verbundenen Risiken zu tragen. Es würde diesem Prinzip widersprechen, wenn der unternehmerische Nutzen zwar dem Unternehmer, die Risiken aber dem Verkehr, d.h. Dritten, zufielen. Obwohl die Einmanngesellschaft ein Mittel darstelle, die volle persönliche Haftung auszuschalten, führe der erwähnte Grundsatz nicht dazu, eine solche Gesellschaft abzulehnen. Durch die Verwendung des Organisationsschemas der GmbH werde die Risikokonzentrierung auf das Unternehmen durch ein anderes Mittel des Risikoausgleichs erreicht. Statt persönlicher Haftung weise die GmbH eine gefestigte Kapitalbasis auf. Das sogenannte Haftkapital werde zum Risikoausgleich für die Gläubiger zur Verfügung gehalten.

Auch wenn Gründung und Ausstattung der GmbH legal erfolgten, könne ihre Struktur doch so sein, daß sie das typische Bild einer Abwälzung des Risikos auf die Gläubiger zeige. Als Beispiel dient Reinhardt der typische Fall:

Die zum Betriebe eines kapitalintensiven Industrieunternehmens gegründete GmbH wird mit einem Stammkapital ausgestattet, das den Verhältnissen dieses Unternehmens in

1) a.a.O., S. 589 ff.

keiner Weise gerecht wird. Die Auffüllung der "eigenen" Mittel in der betriebsnotwendigen Weise erfolgt dadurch, daß der einzige Gesellschafter der GmbH ein Darlehn gibt, das die Einlagen auf das Stammkapital um ein Vielfaches übersteigt. Als die GmbH später in Konkurs fällt, meldet er seine Forderung als Konkursforderung an. Benachteiligt werden dadurch die übrigen Gläubiger.

Das Beispiel zeige, daß derjenige, der sich der GmbH-Form zur Führung eines Unternehmens bediene, innerhalb der Regeln des GmbH-Rechts in der Lage sei, die Rechtsverhältnisse willkürlich so zu gestalten, daß ein eklatantes Mißverhältnis zwischen Unternehmenszweck auf der einen Seite und den eigenen Mitteln des Unternehmens, die durch das Stammkapital repräsentiert würden, auf der anderen Seite bestehe. Der Sache nach stelle diese Regelung nichts anderes dar als den Versuch, die nach Art und Umfang dem Unternehmen adäquaten Risiken auf die Gläubiger abzuwälzen.

Man müsse allerdings feststellen, daß unsere Rechtsordnung es grundsätzlich den Gesellschaftern in freier Entscheidung überlasse, das rechte Verhältnis von den Aufgaben des Unternehmens und der Höhe des Gesellschaftskapitals zu finden. Einen Rechtssatz über dieses Verhältnis gebe es in unserem Gesellschaftsrecht nicht. Das erlaube darum auch nicht, die These aufzustellen, daß überall dort, wo das Verhältnis der eigenen Mittel zu den Risiken des Unternehmens nicht voll sachgerecht i.S. der Konzentration dieser Risiken auf das Unternehmen gefunden sei, der Tatbestand einer Verantwortlichkeit des Einmannsgesellschafters im Rechtssinne gegeben sei.

Jenem Grundsatz des rechten Verhältnisses zwischen Eigenkapital und Unternehmensrisiko komme aber als einem Leitsatz der Verkehrswirtschaft die Bedeutung eines Bestandteiles des ordre public zu. In dieser Eigenschaft könne dieser Grundsatz hervorragende Dienste bei der Ausfüllung von Allgemeinbegriffen unserer Rechtsordnung, insbesondere dem des Verstoßes gegen die guten Sitten in §§ 826 und 138 BGB leisten. Wer an einem Unternehmen bestimmter Art

und Größe am Wirtschaftsverkehr teilnehme und dadurch den Glauben erwecke, daß er sich unternehmensgerecht verhalte, also auch dem Prinzip der angemessenen Risikoübernahme Genüge leiste, wie es dem ordre public entspreche, würde gegen die guten Sitten verstoßen, wenn er im Ernstfalle den mit seinem Auftreten im Wirtschaftsverkehr offenkundig gemachten Sachverhalt nicht gelten lassen wolle.

Man könne dem auch nicht entgegenhalten, es stehe jedermann frei, im Handelsregister festzustellen, wie hoch das Grundkapital ¹⁾ sei und also davon Kenntnis nehmen, daß im konkreten Falle eben ein so großes Mißverhältnis zwischen Unternehmensumfang und eigenem Risiko vorhanden sei. Darauf könne man sich als verantwortlicher Teil vielleicht berufen, wenn hier lediglich ein Vertrauenstatbestand irgendwelcher, beliebig zu setzender Art Grundlage der Haftung sein sollte. Das sei aber gerade nicht der Fall, weil es sich hier um eine im Prinzip vorgeschriebene Gestaltung handele, m.a.W., weil sie die Konkretisierung aus dem ordre public darstelle und als solche zwar grundsätzlich in freier Entscheidung des Einzelfalles, aber nicht willkürlich gehandhabt werden dürfe.

Im Ergebnis bedeute das dann für den Einmann-gesellschafter: Arbeite seine GmbH mit einem unverhältnismäßig geringen Haftkapital, dann treffe ihn als Veranstalter des Ganzen persönlich die Haftung bis zur Höhe einer angemessenen Auffüllung dieses Haftungskapitals, so daß Unternehmenszweck und Unternehmensrisiko in das ökonomisch richtige Verhältnis zueinander gebracht würden.

Der Einmann-gesellschafter, der die Differenz zwischen der - zu geringen - Eigenkapitalbasis der GmbH und den betriebswirtschaftlich erforderlichen Eigenmitteln dadurch auszufüllen suche, daß er der GmbH Darlehn gebe, verwirkliche damit der Sache nach seine "Nachschußpflicht" und

1) Reinhardt entwickelt seine Gedanken am Beispiel einer AG, deshalb hier und im Folgenden "Grundkapital" statt "Stammkapital".

hafte daher auch mit den "darlehnsweise" eingeschossenen Beträgen wie mit seinen Einzahlungen auf das Grundkapital. Im Konkurs könne seine Forderung deshalb erst hinter denen der Gläubiger berücksichtigt werden.

II: Die Meinung Ungers

Unger ¹⁾ erwägt in Anlehnung an Reinhardt, den Einmangellschafter dann so zu behandeln, "als ob" er mit dem Schuldner (sic: der GmbH) identisch sei, wenn die GmbH bewußt unterkapitalisiert sei und ihr der Rest des notwendigen Betriebskapitals durch Darlehn zugeführt werde. Der Risikogedanke allein reiche hierzu jedoch nicht aus. Habe der Kapitalgeber eine von ihm beherrschte juristische Person bewußt unterkapitalisiert und das restliche Betriebskapital durch Darlehn eingelegt, so hafte er dem Dritten mit seinem gesamten Vermögen auf vollen Schadensersatz, wenn er die Schädigung dieses Dritten in Kauf genommen habe und die Schadenszufügung "in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise" erfolgt sei (§ 826 BGB).

III: Die Meinung Erlinghagens

An die Gedanken Reinhardts hat auch Erlinghagen ²⁾ angeknüpft. Er sieht den Haftungsgrund des Alleingesellschafters oder auch mehrerer Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH in einem Organisationsfehler. Dabei geht es Erlinghagen wohl in erster Linie um die Begründung einer - wie er meint - im Ergebnis von der Rechtsprechung seit langem anerkannten Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH ³⁾. Im einzelnen ist sein Begründungsversuch folgender ⁴⁾:

-
- 1) Unger, Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers ("Zur Lehre von der Durchgriffshaftung"), Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1959, S.33-39, insbesondere S. 38 rechts unten und S. 39 links und rechts unten.
2) Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, GmbH-Rundschau 1962, S. 167 - 176.
3) Hierzu a.a.O., S. 172 (V Abs. 1).
4) Vgl. zum Folgenden a.a.O., S. 173 ff.

Die Frage, ob es einen Grundsatz unserer Rechtsordnung gebe, nach dem das haftende Kapital einer GmbH nicht willkürlich bestimmt werden dürfe, sondern "angemessen" sein, d.h. mit Rücksicht auf den konkreten Zweck des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens und den sich daraus ergebenden Kapitalbedarf festgesetzt werden müsse, sei nicht allzu schwer zu beantworten. Wer eine Haftung der Gesellschafter nicht allein auf die Fälle einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Gläubiger (§ 826 BGB) beschränken wolle, müsse notwendig die Pflicht der Gesellschafter anerkennen, die Gesellschaft mit einem angemessenen Haftkapital auszustatten. Zwar könne die Haftung auf ein bestimmtes, besonders organisiertes und zweckgebundenes Vermögen beschränkt werden, der Gesetzgeber habe aber vorausgesetzt, daß die Größenordnung dieses haftenden Vermögens nicht völlig außerhalb des Rahmens liege, der sich aus den Zwecken ergebe, denen das Vermögen gewidmet sei. Dies leugnen, hieße behaupten, der Gesetzgeber habe durch das Institut der juristischen Person die Möglichkeit eröffnet, Unternehmen mit einem für ihre Zwecke offensichtlich unzureichenden Kapital zu betreiben und das Risiko allein auf die Gläubiger der Gesellschaft abzuwälzen.

Der Maßstab für die Angemessenheit des haftenden Eigenkapitals liege in einer offensichtlichen und erheblichen Unterkapitalisierung. Dort, wo der Gesetzgeber sich nicht in der Lage sehe, eindeutige Verhaltensmaßstäbe zu normieren, und wo Rechtsfolgen eines bestimmten Verhaltens sich nur aus allgemeinen Ordnungsprinzipien herleiten ließen, müsse man notwendig dem Betroffenen einen nicht zu engen Ermessensspielraum gewähren. Einen Fehler der Organisation der Gesellschaft werde man deshalb auch nur dort annehmen können, wo das haftende Kapital der Gesellschaft eindeutig dem Grundsatz einer angemessenen Risikoübernahme durch die Gesellschafter widerspreche.

Es handele sich um Fälle, in den die Ausstattung der GmbH mit haftendem Eigenkapital so gering sei, daß eine

normale Deckung des Bedarfs an langfristigen Finanzierungsmitteln nicht möglich sei, in denen die Gesellschaft also nicht in der Lage sei, die über ihr (geringes) Eigenkapital hinaus erforderlichen Mittel durch langfristige Kredite Dritter zu beschaffen. Die Gesellschaft sei dann gezwungen, sich von ihren Gesellschaftern Darlehn geben zu lassen oder den Bedarf an langfristigen Mitteln durch typischerweise kurzfristige Kredite Dritter (Kunden- und Lieferantenkredite, Wechsel usw.) zu decken. Unterkapitalisierung sei dann gegeben, wenn eindeutig und offensichtlich feststehe, daß ein nach vernünftigen kaufmännischen Grundsätzen handelnder Dritter unter den gegebenen Verhältnissen unter Berücksichtigung der Kapitalgrundlage der Gesellschaft nicht bereit gewesen wäre, der Gesellschaft die benötigten langfristigen Mittel zu annehmbaren Bedingungen als Kredit zur Verfügung zu stellen. Im Ergebnis ließen sich deshalb die zu § 3 Kapitalverkehrssteuergesetz entwickelten Grundsätze auch auf die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH anwenden ¹⁾.

1) § 3 KVStG lautet:

- "(1) Der gesellschaftssteuer unterliegt auch die Gewährung von Darlehn an eine inländische Kapitalgesellschaft durch einen Gesellschafter, wenn die Darlehensgewährung eine durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung (Beispiele: Kapitalerhöhung, weitere Einzahlungen, Zubeußen) ersetzt.
- (2) Als Darlehn eines Gesellschafters gilt auch das Darlehn eines Dritten, wenn ein Gesellschafter dafür Sicherheit leistet. Darlehn, die der Ehegatte eines Gesellschafters gewährt, gelten als Darlehn des Gesellschafters.
- (3) Der Gewährung von Darlehn steht es gleich, wenn der Gesellschafter gestundete Forderungen Dritter gegen die Gesellschaft erwirbt oder Forderungen, die ihm selbst gegen die Gesellschaft zustehen, stundet.
- (4) Ausgenommen ist die Gewährung von Darlehn,
1. wenn sie in Schuldverschreibungen verbrieft sind, die unter die Wertpapiersteuer fallen,
 2. wenn ihre Hingabe oder Sicherstellung in öffentlichen Kredit- oder Bürgschaftsprogrammen vorgeesehen ist oder
 3. wenn sie von einem Gesellschafter im Rahmen seines Gewerbes zu marktüblichen Bedingungen gegeben werden."

Erlinghagen hält es auch für willkürlich, die Haftung wegen Unterkapitalisierung der Gesellschaft auf Darlehn des Einmannesgesellschafters zu beschränken. Sehe man in der unzureichenden Kapitalausstattung einen Organisationsfehler, so hafteten alle, die für diesen Organisationsfehler verantwortlich seien, und zwar unabhängig davon, ob sie der Gesellschaft Darlehn gegeben hätten oder nicht.

Werde eine Gesellschaft von Anfang an mit einem für ihre Zwecke unzureichenden Kapital gegründet, so werde man alle Gründer als für die Unterkapitalisierung verantwortlich anzusehen haben, unabhängig davon, in welcher Höhe sie sich an der Gesellschaft beteiligten.

Etwas anderes müsse gelten, wenn die Unterkapitalisierung erst nach der Gründung eingetreten sei. Dies könne zum Beispiel darauf beruhen, daß eine mit ausreichendem Eigenkapital ausgestattete Großhandels-GmbH ihren Geschäftsbetrieb auch auf die Produktion oder das Versandgeschäft ausdehne, ohne über das dafür erforderliche zusätzliche Eigenkapital zu verfügen. Es sei auch denkbar, daß ein wesentlicher Teil des Eigenkapitals durch Fehldispositionen oder aus anderen Gründen verlorengelange ¹⁾. In derartigen Fällen könne man nur die Gesellschafter für verantwortlich halten, die auf Grund rechtlicher oder tatsächlicher Möglichkeiten die Geschäftsführung der Gesellschaft maßgeblich bestimmten, die also in der Sache das Unternehmen - wenn

Der Bundesfinanzhof behandelt Gesellschafterdarlehn dann als Kapitaleinlage, wenn "das Einspringen der Gesellschafter im Wege der Darlehnshingabe deshalb zwingend war, weil das erforderliche Kapital im Wege der Aufnahme von Fremdkrediten nach den Umständen des Einzelfalles nicht hätte beschafft werden können". BFH BStBl. III 1953, S. 208.

- 1) Dagegen nimmt der Bundesgerichtshof, GmbH-Rundschau 1961, S. 162 eine rechtserhebliche Unterkapitalisierung nicht an, wenn der weitere Kapitalbedarf auf eine nicht vorhergesehene Geschäftsentwicklung zurückzuführen ist. Wie Erlinghagen auch Kleinertz, Mißbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH, S. 84.

auch in der Rechtsform der GmbH - betrieben. Diesen unternehmerisch aktiven Gesellschaftern hätte es obliegen, aus der veränderten Situation die Konsequenzen zu ziehen. Habe dagegen ein Gesellschafter rechtlich nicht die Möglichkeit, die Geschäftsführung der Gesellschaft zu bestimmen, und mache er von einer ihm vielleicht dennoch gegebenen tatsächlichen Möglichkeit keinen Gebrauch, so könne er sich gegenüber Gläubigern der Gesellschaft stets auf seine gesetzlich vorgesehene Beschränkung der Haftung berufen. In diesen Fällen treffe ein etwaiger Vorwurf allein die geschäftsführenden Organe der Gesellschaft. Einen Gesellschafter, der an der GmbH unmaßgeblich beteiligt sei, treffe eine Verantwortung für die Unterkapitalisierung nur, wenn er Gründer oder Geschäftsführer sei. Immer seien die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Sei der Gesellschafter nur Strohmann (Treuhand), so richte sich die Haftung des Hintermannes (Treugebers) nach allgemeinen Treuhand-Grundsätzen; es handele sich insoweit nicht um das eigentliche Problem des "Haftungsdurchgriffs".

Die Haftung hänge nicht von subjektiven Kriterien ab. Es genüge das Vorliegen der objektiven Merkmale. Dabei will Erlinghagen nicht nur von einem Bewußtsein eines Rechtsmißbrauchs absehen. Es komme auch nicht darauf an, ob die Gründer einer objektiv unterkapitalisierten GmbH gewußt hätten, daß das haftende Eigenkapital unzureichend sei. Wer sich auf diese Weise am Wirtschaftsleben beteilige, könne sich grundsätzlich nicht auf seine etwaige geschäftliche Unerfahrenheit oder darauf berufen, daß er die Angelegenheit nicht sorgfältig genug geprüft und bedacht habe. Die Rechtsform der juristischen Person könne nicht dazu dienen, Unerfahrenheit oder Unüberlegtheit in solchen Dingen zu decken.

IV: Die Meinung Ermans

Ermann ist in seinem Beitrag "Zur Frage der Haftung der Hintermänner überschuldeter Gesellschaften" ¹⁾ einen anderen

¹⁾ Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1959, S. 129-134.

Weg gegangen. Er geht davon aus, daß sich der Gedanke, die Haftung des Hintermannes sei erforderlich ¹⁾, durchgesetzt habe. Es geht ihm um Begründung und Umgrenzung dieser Haftung ²⁾.

Die Frage liege rechtlich und wirtschaftlich betrachtet im Spannungsbereich zweier widerstreitender Ideen. Rechtlich stände die gesetzlich anerkannte Trennung zwischen dem Vermögen der juristischen Person und dem Vermögen hinter ihr stehender Personen dem Postulat gegenüber, es nicht zuzulassen, daß aus dieser Trennung der Vermögen Ergebnisse erwüchsen, die der Gerechtigkeit grob widersprüchlich. Wirtschaftlich stoße der keineswegs unterzubewertende Gesichtspunkt der Vermeidung unbegrenzten persönlichen Haftens auf die Forderung, daß man seine Haftung nicht in beanstandbarer Weise zum Schaden Dritter sollte beschränken und ihr Vertrauen enttäuschen dürfen ³⁾. Das besondere "neue" Problem der Haftung des Hintermannes beschränke sich auf die Fälle, die zwischen Vertrags- und Deliktshaftung des Hintermannes lägen ⁴⁾.

Erman ist der Ansicht ⁵⁾, der Hintermann hafte, weil und soweit er konkludent erkläre, sich in seiner Rolle als Hintermann redlich verhalten zu wollen. Wer am Wirtschaftsleben teilnehme und dabei seine Haftung beschränke, wolle das als Redlicher nur unter Wahrung der Voraussetzungen, an die der Gesetzgeber teils ausdrücklich, teils sinngemäß die Befugnis zur Beschränkung der Haftung geknüpft habe, um Dritte zu schützen. Über welches Kapital die Gesellschaft

-
- 1) Welche Personen als Hintermänner anzusehen seien, könne exakt nur Fall für Fall von den Rechtssätzen her festgestellt werden, die der Begründung der Haftung dienen sollen. Vielleicht diene es der Veranschaulichung, wenn man sage, eine Haftung des Hintermannes komme vor allem dort in Frage, wo ein Eingeweihter nicht denke: die X-AG oder Y-AG tue das und das, sondern: Z(Hintermann) betätige sich mittels seiner AG oder GmbH in der und der Weise.
- 2) a.a.O., S. 133 rechts Mitte.
- 3) a.a.O., S. 130 links oben.
- 4) a.a.O., S. 130 rechts oben.
- 5) a.a.O., S. 132 ff.

verfüge, sei aus dem Register zu ersehen. Unerkennbar sei zwar, ob das Kapital auch wirklich und nachhaltig eingezahlt sei; insoweit helfe dem Dritten aber das Gesetz durch besondere Haftungsnormen. Dagegen könne ein Dritter nicht erkennen, ob Kapital und Einsatz der Gesellschaft im Wirtschaftsleben in einem gesunden Verhältnis zueinander stünden und der Hintermann der Gesellschaft eigene Lebensfähigkeit belasse. Ein redlicher Hintermann, der von der Möglichkeit Gebrauch mache, sich über eine Gesellschaft wirtschaftlich zu betätigen und damit sein sonstiges Vermögen vom Risiko frei zu halten, erkläre also konkludent, er werde die Gesellschaft weder von Anfang an unterkapitalisieren noch ihren Aufgabenkreis so erweitern, daß er dem ursprünglich ausreichenden Kapital - oder einem verminderten Kapital - gegenüber zu groß werde. Er werde der Gesellschaft auch nicht auf Umwegen das Kapital entziehen, z.B. durch einseitig ihm nützliche, der Gesellschaft schädliche Verträge. Es sei nicht daran anzuknüpfen, ob und was der Hintermann wirklich denke und wolle, sondern daran, wie sein Verhalten vom Dritten verstanden werden dürfe (§ 157 BGB). Wer als Hintermann den Vorteil der Haftungsbeschränkung in Anspruch nehme, müsse sich auch gefallen lassen, daß im Interesse der Dritten der wirtschaftliche Grundsatz in vernünftig umgrenztem Umfange auch als verpflichtender Rechtsgrundsatz gegen ihn zur Anwendung komme.

Die große Bedeutung einer solchen Erklärungshaftung liege darin, daß sie außerhalb des Rahmens von Verträgen und ohne die strengen und gleichsam "anrühigen" Voraussetzungen des § 826 BGB zur Haftung wegen Vermögensschäden führe. Dieser einschneidenden Bedeutung entspreche das Gebot, die Erklärungshaftung nur vorsichtig anzuwenden, da sonst das feste Gefüge unseres Haftungsrechtes gefährdet würde.

Entsprechend dem Inhalt der Erklärung hafte der Hintermann grundsätzlich nur, soweit der Gläubiger nicht von der Gesellschaft Befriedigung verlangen könne. Er hafte

auch nicht für den ganzen Ausfall, sondern nur soweit, wie der Gläubiger bei korrektem Verhalten des Hintermannes bei der Gesellschaft Deckung gefunden hätte.

Erkenne man den Gedanken der Erklärungshaftung an, so könne man ihn auch für Deliktsgläubiger der Gesellschaft nutzbar machen. Alle Personen, die Gläubiger der Gesellschaft im Zusammenhang mit deren Betätigung im Wirtschaftsleben würden, könnten für sich in Anspruch nehmen, daß der Hintermann redlicherweise die Gesellschaft zulänglich ausstatte.

Wisse der Dritte allerdings, daß die Gesellschaft vom Hintermann nicht in den gebührenden Stand versetzt worden sei (Unterkapitalisierung, mittelbarer Kapitalentzug), so könne er sich auch nicht darauf berufen, der Hintermann habe gleichwohl etwas derartiges konkludent zugesagt.

V: Die Meinung Kamms

Kamm ¹⁾ kommt zu dem Ergebnis, die in der Lehre vertretenen Ansichten zur Behandlung von Gesellschafterdarlehn an unterkapitalisierte Kapitalgesellschaften seien nicht befriedigend. Seine Bedenken richten sich vor allem gegen die Meinung, es genügten objektive Gesichtspunkte ²⁾, um den Durchgriff auf die Gesellschafter einer unterkapitalisierten Gesellschaft zu begründen. Hierin sieht er deshalb eine besondere Gefahr, weil dem Richter keine konkreten Anhaltspunkte für ihre Feststellung gegeben würden. Das könne nur dazu führen, anerkannte Grundprinzipien der Rechtsordnung,

1) Gesellschafterdarlehn an Kapitalgesellschaften, Diss. Genf, München 1967, insbes. S. 150 - 153.

2) so z.B. Kleinertz, Mißbrauch der Haftungsbeschränkung bei der GmbH, S. 49 - 53, der aber nicht ausschließt, daß auch "subjektive Elemente" eine Rolle spielen können (S. 53 oben). Er führt - unter ausdrücklichem Verzicht, die Lösung bestimmter Einzelfälle zu untersuchen - (S. 65 unten) - die Unterkapitalisierung als typischen Mißbrauch der Haftungsbeschränkung an (S. 62 - 65).

wie die Trennung von Korporation und Mitglied, zu durchlöchern und eine gefährliche Rechtsunsicherheit herbeizuführen. Die gesetzlichen Regeln über die Haftungsbeschränkung und das Mindeststammkapital sowie die fehlende Normierung eines wirtschaftlich angemessenen Eigenkapitals ließen es nicht zu, die Gesellschafter persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften zu lassen, wenn sie die die gesetzlichen Mindestanforderungen einhielten. Ihre Haftung sei nur beim Vorliegen zusätzlicher (subjektiver) Merkmale zulässig ¹⁾. Diese seien auch schon bei bedingtem Vorsatz, nicht aber bei Fahrlässigkeit gegeben. Der Vorsatz müsse sich auf die Unterkapitalisierung und die sich daraus ergebende Möglichkeit einer Schädigung der Gesellschaftsgläubiger erstrecken ²⁾. Die Haftung sei nicht auf die Höhe der Gesellschafterdarlehn zu beschränken ³⁾. Sie sei so lange unzulässig, wie die Gesellschaft zahlungsfähig sei und ihren Verpflichtungen selbst nachkommen könne ⁴⁾.

5. Teil: Das Problem der unterkapitalisierten GmbH
und das geltende Recht - zugleich Kritik
an Rechtsprechung und Lehre

Damit sind die Urteile und Lehrmeinungen ⁵⁾, die sich näher mit der Unterkapitalisierung einer GmbH befassen, zu Wort gekommen. Es bleibt die Aufgabe, die Lösungsvorschläge von einem neuen Gesichtspunkt her kritisch zu würdigen, nämlich unter besonderer Berücksichtigung des Schutzzweckes der Konkursantragspflicht bei Überschuldung.

1) a.a.O., S. 152 (unten).

2) Im einzelnen siehe a.a.O., S. 159 - 161.

3) a.a.O., S. 167 f.

4) a.a.O., S. 169 f.

5) Vgl. auch Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, S. 76 - 84, dessen Arbeit in erster Linie rechtsvergleichenden Charakter hat.

A: Die Unterkapitalisierung und § 826 BGB

Dem Urteil des II. Senats des Reichsgerichts ist zuzustimmen ¹⁾. Der Senat sieht nicht in der Unterkapitalisierung allein die Sittenwidrigkeit. Erst im Zusammenhang damit, daß der Gesellschafter, der die Gesellschaft allein beherrschte, Gründung und Unterkapitalisierung der GmbH als Mittel benutzt hat, sich planmäßig zum Großgläubiger der GmbH zu machen und dadurch die übrigen Gesellschaftsgläubiger zu schädigen, wird vom Senat der Vorwurf sittenwidriger Schädigung im Sinne des § 826 BGB erhoben. Die Unterkapitalisierung ist nur im Zusammenhang mit weiteren Umständen das Mittel einer planmäßig betriebenen sittenwidrigen Schädigung der Gesellschaftsgläubiger, die in dem Feststellungsurteil (§ 146 KO) zugunsten des Gesellschafters ihre Verwirklichung finden würde und deshalb unzulässig ist ²⁾.

Die Gesellschaftsgläubiger können darüber hinaus noch einen Schadensersatzanspruch haben, da der Gesellschafter ihnen gegenüber den Tatbestand des § 826 BGB erfüllt hat. Voraussetzung ist natürlich, daß die Gesellschaftsgläubiger einen Schaden erlitten haben, der über die Schädigung, die in der Feststellung der Gesellschafterforderungen im Konkurs liegen würde, hinausgeht.

Entsprechendes gilt für den Fall, in dem es dem Gesellschafter gelungen ist, seine Darlehn vor der Konkurs-

1) Vgl. dazu oben S. 129 ff.

2) Vgl. hierzu auch die amerikanische Gerichtspraxis, Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, S. 83 f Anm. 5 und S. 85 Anm. 1; zum geltenden deutschen Recht vgl. Dempewolf, Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehn bei Personengesellschaften im Konkurs der Gesellschaft, Der Betrieb 1961, S. 969 - 972 und 1011 - 1012 (1011); Hofmann, Zum "Durchgriffs"-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, S. 1946; Siebert, Einmann-GmbH und Strohmann-Gründung, Der Betriebsberater 1954, S. 417 - 419 (418 links); Unger, Die Inanspruchnahme des verdeckten Kapitalgebers, Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen 1959, S. 38 unten und 39 oben.

eröffnung abzuziehen. Auch hier haftet der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern, wenn er sie im Zusammenhang mit der Unterkapitalisierung der GmbH in sittenwidriger Weise geschädigt hat (§ 826 BGB). Auch hier begründet aber die Unterkapitalisierung allein nicht die Sittenwidrigkeit der Schädigung. Die Höhe der abgezogenen Darlehn bestimmt nicht den Haftungsumfang.

B: Die Unterkapitalisierung und die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH

I: Die Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der II. Senat des Bundesgerichtshofs eröffnet die Begründung mit dem Satz, gesetzlich könne nicht bestimmt werden, daß das Stammkapital einer GmbH nach dem mutmaßlichen Kapitalbedarf der Gesellschaft zu bemessen sei, weil eine solche Vorschrift zu viel Rechtsunsicherheit mit sich brächte. Trotzdem setzt sich der Gesetzgeber über diese oder doch ähnliche Bedenken in gewisser Weise da hinweg, wo er ein angemessenes Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital im Interesse der Befriedigung der Gläubiger für erforderlich erachtet. So bestimmt § 10 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Kreditwesen ¹⁾: Die Kreditinstitute müssen im Interesse der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern, insbesondere zur Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte ein angemessenes haftendes Eigenkapital haben ²⁾. Wie sich aus § 45 Abs. 1 Nr. 1

1) Vom 10. Juli 1961, BGBl. I, S. 881; im folgenden abgekürzt KWG.

2) Vgl. auch § 2 Abs. 2 Buchst. a des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. April 1957 (BGBl. I, S. 378), wo es heißt: "Die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb soll einer Kapitalgesellschaft nur erteilt werden, wenn ein ausreichendes Nennkapital nachgewiesen wird, ...".

KWG ergibt, ist das kein unverbindlicher Programmsatz, sondern unmittelbar verpflichtendes Recht. Als haftendes Eigenkapital sind bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung das eingezahlte Stammkapital abzüglich des Betrages der eigenen Geschäftsanteile sowie die Rücklagen anzusehen (§ 10 Abs. 2 Ziff 2 KWG). Was danach als "angemessenes" haftendes Eigenkapital gilt, bestimmt sich für den Regelfall nach Grundsätzen, die das Bundesaufsichtsamt im Einvernehmen mit der Deutschen Bundesbank nach vorheriger Anhörung der Spitzenverbände der Kreditinstitute aufstellt und die im Bundesanzeiger veröffentlicht werden (§ 10 Abs. 1 Satz 2 und 3 KWG). Die Angemessenheit wäre aber unter Anhörung der genannten Anstalten und Verbände auch durch Rechtsverordnung bestimmbar gewesen.

Es ist dem Senat zwar völlig recht zu geben, daß eine Bestimmung, wonach das Stammkapital nach dem mutmaßlichen Kapitalbedarf zu bemessen wäre, der Forderung nach Rechtssicherheit nur schwer genügen könnte. Aber im Grunde geht es nicht um das Verhältnis zwischen Stammkapital und erforderlichem Betriebskapital als solchem. Es kommt darauf an, die Gefahren, die sich aus der Unterkapitalisierung für die Unternehmensentwicklung ergeben, im Interesse der Gläubiger zu beseitigen. Um diese Gefahren auszuschließen oder in engen Grenzen zu halten, hätte es nur einer Bestimmung bedurft, wonach das Stammkapital immer in einem bestimmten Mindestverhältnis zum tatsächlichen Fremdkapital stehen muß¹⁾. Dieses Verhältnis hätte alljährlich aus der Jahresbilanz, die die Geschäftsführer unter Beachtung der Gläubi-

1) Vgl. die ähnliche Regelung (bestimmte Verhältnisse von Eigenkapital und Fremdkapitalien) in Bekanntmachung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen Nr.1/62: Grundsätze über das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute vom 8.März 1962, Bundesanzeiger Nr. 53 vom 15. März 1962; siehe auch den Vorschlag bei Kamm, S. 183 f.

gerschutzbestimmung des § 42 GmbHG aufzustellen ohnehin verpflichtet sind, abgelesen werden können. Die Mitteilung an die Handelsregisterbehörde hätte entsprechend der in § 40 GmbHG enthaltenen Erklärungsspflicht vorgesehen werden können. An die Verletzung derartiger Pflichten hätte der Gesetzgeber die mannigfaltigsten und wirksamsten Rechtsfolgen knüpfen können, z.B. eine Löschung der GmbH von Amts wegen und die Liquidation des Gesellschaftsvermögens. Eine Nachschußpflicht der Gesellschafter bis zur Höhe des Betrages, um den das Stammkapital hätte höher sein müssen, um dem geforderten Mindestverhältnis zu entsprechen; vorausgesetzt, sie wäre zur vollen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich.

Nur bei Kreditinstituten ¹⁾, bei denen jeder weiß oder annimmt, daß sie unter besonderer staatlicher Kontrolle stehen und an deren Erhaltung ein besonderes öffentliches Interesse besteht, hat der Gesetzgeber die Grenze, bis zu der die Gläubiger durch eine Haftungsbeschränkung gefährdet werden können, vorverlegt. Bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Gesellschaftszweck es nicht ist, Bankgeschäfte zu betreiben, sieht er auch bei extremer Haftungsbeschränkung erst dann eine Veranlassung, die Gläubiger gegen die Gefahren einer Unterkapitalisierung zu schützen, wenn die Unterkapitalisierung zur Überschuldung der Gesellschaft geführt hat, das heißt also, wenn die Gesellschaftsgläubiger und Dritte, die Gläubiger der Gesellschaft werden, das Betriebsrisiko allein tragen.

Gerade der in der Konkursantragspflicht bei Überschuldung liegende wirksame Schutz der Gläubiger wird aber durch die Rechtsprechung des Senats gefährdet. Darin liegt ein Hauptbedenken gegen das Urteil. Das ist bisher nicht genügend beachtet worden und liegt wohl daran, daß der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs den Schutzzweck der Konkursantragspflicht zu eng begrenzt hat.

1) Ähnliches gilt für die Kapitalanlagegesellschaft, vgl. § 2 Abs. 2 Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften.

Der II. Senat stellt in seinem Urteil fest, daß die Gesellschaft zahlungsunfähig war, als die Darlehn gewährt wurden ¹⁾. Die Überschuldung der Gesellschaft hat er nur als möglich angenommen. Nach den Feststellungen des Senats war es also möglich, daß die Überschuldung der Gesellschaft erst nach der Darlehnsgewährung eingetreten ist. Dann aber hatten die "Darlehn" nicht den Zweck und konnten ihn nicht haben, die Überschuldung und die Konkursantragspflicht bei Überschuldung abzuwenden. Und der Gesellschafter konnte sich durch Empfangnahme der Darlehnsrückzahlungen nicht zu diesem Zweck in Widerspruch setzen. Es ist im übrigen auch nicht festgestellt worden, daß der Gesellschafter mit den Darlehn (!) gerade diesen Zweck verfolgte. Im Grunde setzte sich der Beklagte nicht zu einem Zweck, den er den Darlehn gegeben hatte, in Widerspruch, sondern das widersprüchliche Verhalten ergibt sich zu einem Zweck, den der Senat den Geldern beigelegt hat ²⁾.

So wirksam die Gesellschafter durch Darlehn eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft beseitigen können, so wenig können sie dadurch eine Überschuldung der Gesellschaft ausgleichen und die Konkursantragspflicht bei Überschuldung abwenden. Entsprechen sich hingegabener Darlehnsbetrag und Rückzahlungsverpflichtung, dann erhöhen sich in gleicher Weise Aktivvermögen und Schulden der Gesellschaft. Die Überschuldung bleibt. Wird eine höhere Rückzahlungsverpflichtung vereinbart als der Gesellschaft an langfristigen Mitteln gewährt wird (Disagio, Damnum), vergrößert sich die Überschuldung noch ³⁾.

1) Eine Zahlungsunfähigkeit kann aber jedenfalls dann durch Gesellschafterdarlehn beseitigt werden, wenn die Rückzahlung erst erfolgen soll, wenn der Gesellschaft andere Mittel zugeflossen sind, so daß sie trotz Rückzahlung der Gesellschafterdarlehn liquide bleibt. Vgl. dazu auch Wolany, Recht und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, S. 67 - 69.

2) Vgl. auch Wolany, a.a.O., S. 69 und 70.

3) Nur bei langfristigen Darlehn üblich; unter Umständen ist § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten.

Das verkennt auch der Senat nicht. Indem er aber entgegen dem Parteiwillen die Darlehn als haftendes Kapital behandelt, baut er dem Beklagten eine goldene Brücke. Wie sich nämlich aus dem zweiten Urteil des Senats in derselben Sache ergibt ¹⁾, war die GmbH spätestens seit dem 31. Dezember 1953, also etwa ein halbes Jahr nach ihrer Gründung ²⁾, überschuldet. Es ist kaum anzunehmen, daß dies den Geschäftsführern und dem Beklagten verborgen geblieben ist ³⁾. Dann aber trifft die Geschäftsführer ⁴⁾ und den Beklagten ⁵⁾ der Vorwurf, eine überschuldete GmbH fortgeführt und dadurch die Konkursantragspflicht schuldhaft verletzt zu haben. Durch die Rechtsprechung des Senats erhält der Beklagte die Möglichkeit, dieser unter Umständen schärferen Haftung zu entgehen, wenn er der GmbH Darlehn zur Verfügung gestellt hat. Damit wird die klare und sinnvolle Gläubigerschutzvorschrift der Konkursantragspflicht bei Überschuldung entwertet und der Wille des Gesetzgebers vereitelt. Die Voraussetzungen, unter denen Gesellschafterdarlehn als haftendes Kapital zu behandeln wären, sind so unsicher ⁶⁾, daß damit eine klare Feststellung, wann die Gesellschaft überschuldet ist, für die Geschäftsführer außerordentlich schwierig und risikoreich ⁷⁾ werden würde. Mit Recht hebt

1) WM 1963, S. 121.

2) Wie der Senat ausführt, war die Überschuldung unter Umständen schon 2 Monate nach der Gründung eingetreten, vgl. BGHZ 31, 258 (272) = WM 1960, S. 45 links oben.

3) Nach der Sachlage des Falles ist es nicht ausgeschlossen, daß die Überschuldung noch eher vorgelegen hat und eine eventuelle Nichtkenntnis der Beteiligten darauf beruhte, daß sie sich dieser Kenntnis mutwillig entzogen haben (vgl. hierzu auch oben S.70 f.).

4) als Täter, und zwar auch bei nur fahrlässiger Pflichtverletzung; vgl. im einzelnen S.2 ff., 97 f.

5) als Teilnehmer wegen Beihilfe oder Anstiftung; vgl. dazu im einzelnen oben S. 98 ff.

6) Vgl. dazu Wolany, a.a.O., S. 71 bis 73.

7) strafrechtliche und zivilrechtliche Haftung auch bei Fahrlässigkeit (!); das übersieht auch Kamprad, S. 130 f.

Wolany hervor, daß es wohl kaum einen Konkursrichter, dem das Haftungsprivileg aus § 839 Abs. 2 BGB nicht zugutekomme, geben werde, der sich so kühn über das Gesetz hinwegsetzen könne: Ablehnung der vom Geschäftsführer wegen Überschuldung beantragten Konkursöffnung, weil Gesellschafterdarlehn unter den konkreten Umständen nicht als Schulden, sondern als Haftkapital zu behandeln seien, die Gesellschaft also gar nicht überschuldet sei ¹⁾.

Ist die Gesellschaft überschuldet, sollen die Gesellschafter, wenn sie Interesse haben, die Gesellschaft weiter zu betreiben, eine klare Entscheidung treffen: Beseitigung der Überschuldung. Das kann nicht durch Darlehn geschehen.

Der Senat hat anscheinend nicht nur wie der VI. Senat den Schutzzweck der Konkursantragspflicht nicht voll erkannt, sondern darüber hinaus auch verkannt, daß auch ein Gesellschafter als Anstifter und Gehilfe für die Pflichtverletzung einstehen muß ²⁾, und nicht nur ein Gesellschafter, auch ein "Hintermann". Der Ausführungen des Senats, daß der Beklagte hinsichtlich der §§ 30, 31 GmbHG wie ein Gesellschafter zu behandeln sei, hätte es bei einer Lösung unter Berücksichtigung der Verletzung der Konkursantragspflicht nicht bedurft. Gerade dieser Teil der Urteilsbegründung hat ebenfalls beachtliche Kritik im Schrifttum gefunden ³⁾.

Ein Nachteil des Urteils scheint mir auch darin zu liegen, daß der Senat durch die Bindung der Darlehn zwar zu

1) Wolany, a.a.O.; S. 70.

2) Vgl. BGHZ 31, 258 (278) = WM 1960, S. 42 und 46 rechts Mitte und z.B. die Urteilsanmerkung von Pleyer, GmbH-Rundschau 1960, S. 43 (46 rechts); das Urteil behandelt, was nicht übersehen werden darf, nur das Verhältnis von Gesellschafter und Gesellschaft, nicht das zu den Gesellschaftsgläubigern.

3) Ballerstedt, Zur Rechtsstellung des Auftraggebers eines Strohmanns nach GmbH-Recht, JZ 1960, S. 513 - 518; Pleyer, Zur Haftung bei einer Strohmann-GmbH, GmbH-Rundschau 1960, S. 43 (45); Wolany, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, S. 41 ff.

einer, was die Durchsetzung der Ansprüche betrifft, einfachen¹⁾, aber im übrigen nur wenig differenzierten Lösung kommt. Denn die Haftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft führt dazu, daß die Gesellschaftsgläubiger anteilmäßig gleich behandelt werden. Es sind aber Fälle denkbar, in denen ein oder mehrere Gläubiger der Gesellschaft Kredite gegeben haben, obwohl sie über die schlechten Kapital- und Wirtschaftsverhältnisse der Gesellschaft unterrichtet waren, so daß eine Berücksichtigung dieser vorsätzlichen Selbstgefährdung - im Rahmen des § 254 BGB²⁾ - gerechtfertigt erscheinen würde. Das muß erst recht gelten, wenn den Gläubigern eine besonders hohe Verzinsung als Ausgleich für die erkannten größeren Risiken gewährt wurde.

Abgesehen davon, daß sich der Senat möglicherweise allzu schnell von den Wertungen des Gesetzgebers entfernt hat³⁾ und das Urteil noch manche Frage offenläßt⁴⁾, lassen die Ansätze, die das Urteil bietet, keine Lösung des Problems, die frei von Wertwidersprüchen wäre, erkennen.

Der Senat stellt nämlich - zu Recht - ausdrücklich fest, daß eine Unterkapitalisierung der Gesellschaft die Gesellschafter nicht zu Nachschüssen verpflichtet⁵⁾. Es ist aber nicht einzusehen, daß ein Gesellschafter, der

1) Der Konkursverwalter macht den Anspruch der Gesellschaft geltend. Seine Durchsetzung kommt mittelbar allen "geschädigten" Gesellschaftsgläubigern zugute.

2) Vgl. darüber oben S. 91 ff.

3) Vgl. dazu auch Wolany, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, S. 73.

4) Wolany, a.a.O., S. 71 bis 73.

5) In seinem Urteil stellt der Senat den Beklagten seit Gründung der Gesellschaft einem Gesellschafter gleich. Der Beklagte wurde außerdem etwa ein halbes Jahr vor Konkurseröffnung Alleingesellschafter. Man wird deshalb den Senat so verstehen dürfen, daß weder ein Alleingesellschafter noch mehrere Gesellschafter allein auf Grund einer Unterkapitalisierung der Gesellschaft zu Nachschüssen verpflichtet sind.

sich darauf beschränkt, die Geschäftsführer einer unterkapitalisierten GmbH darin zu unterstützen, ihrer Konkursantragspflicht wegen Überschuldung der Gesellschaft nicht nachzukommen, besser stehen sollte als derjenige, der das im Zusammenhang mit der Gewährung von Gesellschafterdarlehn tut ¹⁾. Eine solche unterschiedliche Beurteilung wäre selbst dann bedenklich, wenn man den entscheidenden Vorwurf nicht in der Fortführung einer überschuldeten GmbH, sondern in der Unterkapitalisierung als solcher sähe. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesellschafter, der der Gesellschaft Darlehn gewährt hat, schlechter stehen soll als derjenige, der dies nicht getan hat. Durchaus denkbar ist nämlich, daß durch die Darlehn die Gefahren, die der Unternehmensentwicklung aus der Unterkapitalisierung drohten ²⁾, beseitigt oder doch gemildert worden sind, so daß der Konkurs letztlich nicht so sehr wegen der Unterkapitalisierung, sondern wegen anderer Umstände eingetreten ist ³⁾.

Allerdings drängt sich die Überlegung auf, eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle sei deshalb geboten, weil durch die Gewährung der Gesellschafterdarlehn die Zahlungsfähigkeit der unterkapitalisierten GmbH künstlich aufrechterhalten werde. Ohne diese Darlehn wäre die Gesellschaft zahlungsunfähig gewesen, und die Gesellschafts-

- 1) Der Senat brauchte sich mit diesem Fall nicht zu befassen. Will er aber seinen Satz, daß die Unterkapitalisierung die Gesellschafter nicht zu Nachschüssen verpflichte, nicht zur leeren Formel werden lassen, so ist schwer ersichtlich, wie er zur Haftung eines Gesellschafters kommen will, der - in der sonst gleichen Situation - der Gesellschaft keine Darlehn gewährt hat.
- 2) Über diese Gefahren vgl. oben S. 120 ff, insbesondere S. 123 ff.
- 3) Z.B. ungeschickte oder unlautere Geschäftsführung, Forderungsausfälle, allgemeine Wirtschaftskrisen usw.; auch der II.Senat stellt in dem entschiedenen Fall fest, daß der Konkurs noch andere Gründe hatte als die beanstandeten Darlehnsrückzahlungen, siehe BGHZ 31, 258 (273) = WM 1960, S. 45 links unten.

gläubiger hätten mit Erfolg einen Konkursantrag wegen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gestellt. Dadurch hätte sich der Ausfall der Gläubiger in Grenzen gehalten. Aber diese Argumentation ist nur bedingt richtig. Erstens ist es nämlich nicht ausgeschlossen, daß die Liquidationsverhältnisse einer unterkapitalisierten GmbH ein "Weiterwursteln" ¹⁾ trotz Überschuldung noch für längere Zeit gestatten, ohne daß die Zahlungsunfähigkeit durch Gesellschafterdarlehn abgewendet werden müßte. Und zweitens wäre eine solche Argumentation materiell nur gerechtfertigt, wenn der Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit den Zweck hätte, die Gesellschaftsgläubiger und Dritte, die Gläubiger der Gesellschaft werden, in ihrem Interesse an "voller" Befriedigung zu schützen. Das ist - was im Rahmen dieser Arbeit nicht im einzelnen geprüft werden kann - aber keineswegs sicher. Es ist naheliegend, daß der Gesetzgeber mit dem Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit nur das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an "rechtzeitiger" Befriedigung ihrer Forderungen schützen wollte ²⁾. Dieser Zweck würde aber durch die Gewährung von Gesellschafterdarlehn gerade erreicht, so daß es auch aus diesem Gesichtspunkt nicht gerechtfertigt erscheint, den darleihenden Gesellschafter schlechter zu stellen als den, der in der sonst gleichen Situation der Gesellschaft kein Darlehn gegeben hat.

Aber selbst wenn man - wie anscheinend der II. Senat ³⁾ - diese Fälle unterschiedlich behandeln will, bleibt unklar, wie nach den Grundsätzen des Urteils ein Darlehn behandelt werden soll, das in der sonst gleichen Situation nicht der Gesellschafter selbst, sondern ein Dritter der

1) Diese anschauliche Umschreibung der Situation stammt von Wolany, a.a.O., S. 70 Mitte.

2) Eine Gesellschaft kann trotz hohen Eigenkapitals zahlungsunfähig sein. Die Zahlungsunfähigkeit führt auch dann zum Konkurs, obwohl die Gläubiger nicht befürchten müssen, mit ihren Forderungen auszufallen, sondern nur in ihrem Interesse an termingerechter Erfüllung betroffen sind. Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, S. 292 oben.

3) vgl. oben S. 157 Anm. 1.

Gesellschaft gewährte, und zwar auf Veranlassung und gegen persönliche Sicherheit des Gesellschafters. Wüst ¹⁾ will derartige Darlehn jedenfalls dann wie Gesellschafterdarlehn behandeln, wenn in Wirklichkeit der Gesellschafter die Finanzierungsentscheidung getroffen habe. Gleichgültig sei, ob er dabei offen als Geldgeber aufgetreten sei oder ob er aus der Kulisse gehandelt und einen kommandounterworfenen Finanzierungsgehilfen zwischengeschaltet habe (sogen. mittelbare Gesellschafterdarlehn). Aber ist es für einen Gesellschafter, der aus seinem Privatvermögen genug Sicherheiten geben kann, nicht leicht, einen nicht kommandounterworfenen Dritten einzuschalten?

Kamprad ²⁾ vertritt die Ansicht, Darlehn von Nichtgesellschaftern seien den Gesellschafterdarlehn gleichzustellen, wenn sich ein Gesellschafter für sie verbürgt oder eine andere Sicherheit geleistet habe und im übrigen die Voraussetzungen des Durchgriffs vorlägen. Der wirtschaftliche Erfolg sei der gleiche. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise handele es sich um Leistungen des Gesellschafters. Es gebe keinen Grund, einen solchen Gesellschafter besser zu stellen. Kamprad übersieht die Interessen des Dritten, der das Darlehn gegeben hat. Dieser hat sich im Gegensatz zu den übrigen Gesellschaftsgläubigern im Kreditverkehr mit einer GmbH als vorsichtiger Geschäftsmann gezeigt. Er kann deshalb nicht zugunsten der weniger vorsichtigen Gläubiger auf eine unter Umständen unverwertbare Sicherheit oder eine wertlose Forderung gegen den Gesellschafter verwiesen werden ³⁾.

1) Wüst, Gläubigerschutz bei der GmbH, S. 19 ff (insbesondere S. 20 oben).

2) Kamprad, S. 127 f, 137.

3) Der Dritte kann allerdings wegen unerlaubter Handlung haften, z.B. sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) oder wegen einer Teilnahme an der Verletzung der Konkursantragspflicht (§§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB).

II: Die Stellungnahme zur Lehre

Soweit die Rechtslehre einen Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter zuläßt, tut sie es unabhängig davon, ob die Gesellschafter der Gesellschaft Darlehn gewährt haben oder nicht ¹⁾. Sie hat erkannt, daß in der unterschiedlichen Behandlung der beiden Fälle ein Wertungswiderspruch liegt.

Den Versuchen des Schrifttums haftet ein entscheidender Mangel an. Sie fühlen sich zur Gesetzesergänzung oder Rechtsfortbildung gezwungen, ohne die gesetzlichen Möglichkeiten voll erkannt und ausgeschöpft zu haben. Das tritt besonders klar bei Erlinghagen ²⁾ hervor. Seine an neuen Gesichtspunkten reiche Abhandlung steht in der entscheidenden Frage, ob es in unserer Rechtsordnung einen Grundsatz gebe, nach dem das haftende Kapital einer GmbH mit Rücksicht auf den konkreten Zweck des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens und den sich daraus ergebenden Kapitalbedarf festgesetzt werden müsse, auf schwachen Füßen, wenn er antwortet: Wer eine Haftung der Gesellschafter nicht allein auf die Fälle einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Gläubiger (§ 826 BGB) beschränken wolle, müsse notwendig eine Pflicht der Gesellschafter anerkennen, die Gesellschaft mit einem angemessenen Haftkapital auszustatten. Damit übersieht Erlinghagen die Schutzfunktion der Konkursantragspflicht bei Überschuldung. Seine Prämisse, daß die Gesellschafter in den entscheidenden Fällen allenfalls nach § 826 BGB haften, ist deshalb ebenfalls nicht richtig.

1) A.A. anscheinend Kamprad, S. 117 (Mitte), 119 ff, dessen Untersuchung aber auf die Behandlung von Gesellschafterdarlehn beschränkt ist und deshalb nicht sicher erkennen läßt, ob er einen Durchgriff auch ohne Darlehns-gewährung zulassen würde. Seine Ansicht, Darlehn von Nichtgesellschaftern seien unter bestimmten Voraussetzungen wie Gesellschafterdarlehn zu behandeln (vgl. dazu oben S. 159), spricht dagegen.

2) Vgl. dazu insbesondere oben S. 141 ff und die Kritik bei Kamm, S. 124 - 127.

Es erscheint auch nicht unbedenklich, daß Erlinghagen die Haftung der Gesellschafter allein an objektive Kriterien anknüpfen will. So richtig es sein mag, bei der Auslegung von Einzelbestimmungen wie §§ 892 ¹⁾, 123 Abs. 2 ²⁾ oder § 567 BGB ³⁾ allein von objektiven Gesichtspunkten auszugehen, so bedenklich ist es doch, wenn es darum geht, unter Nichtbeachtung der Haftungsbeschränkung, eines tragenden Grundsatzes des GmbH-Rechts, die persönliche Haftung eines Gesellschafters zu begründen. Es werden die Interessen der Gläubiger einer GmbH einseitig gegenüber den Interessen der Gesellschafter bevorzugt, wenn auch der Gesellschafter wegen der Unterkapitalisierung der Gesellschaft haften soll, der aus geschäftlicher Unerfahrenheit überhaupt nicht in der Lage war, bei der Gründung zu erkennen, daß das haftende Eigenkapital der Gesellschaft unzureichend war. Auf der Gläubigerseite wird mit weniger scharfen Maßstäben gemessen. Das oft leichtsinnige Kreditgewähren an eine GmbH, deren niedriges Stammkapital und deren Gegenstand des Unternehmens wegen der Gefahren, die für Dritte in der Beschränkung der Gesellschafterhaftung liegen, aus dem Handelsregister ersichtlich sind, wird demgegenüber als schutzwürdiges Verhalten angesehen. Es werden überdies nicht nur die Interessen des Gesellschafters zurückgesetzt, sondern es geht auch um die Interessen seiner persönlichen Gläubiger, die sich auf die beschränkte Haftung ihres Schuldners eingestellt haben. Dieser Gesichtspunkt gewinnt vor allen Dingen Bedeutung, wenn die GmbH als "Tochter" in einen Konzern eingegliedert ist und die Vermögensverhältnisse der Muttergesellschaft die Befriedigung ihrer Gläubiger gefährden.

Eindeutig zu weit führt die Ansicht Erlinghagens, der unternehmerisch aktive Gesellschafter hatte auch dann, wenn

1) Reinhardt, Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmangengesellschaft, Festschrift für Lehmann, S.576 (581).

2) Reinhardt, a.a.O., S. 582 f.

3) Vgl. RG, HRR 1940, Nr. 351 = Deutsches Recht 1940, S. 580.

eine mit ausreichendem Eigenkapital ausgestattete GmbH einen wesentlichen Teil des Eigenkapitals durch Fehldispositionen oder aus anderen Gründen verliere und der Gesellschafter aus dieser veränderten Situation "nicht die Konsequenzen ziehe". Dabei geht es gar nicht mehr um die Haftung eines Gesellschafters für die Unterkapitalisierung der GmbH. Ist die Gesellschaft einmal mit einem für das erforderliche Betriebskapital ausreichenden Stammkapital ausgestattet worden und hat sich dieses Verhältnis nicht geändert ¹⁾, liegt auch dann keine Unterkapitalisierung vor, wenn dieses Stammkapital, falls es bereits voll eingezahlt war, durch Fehlinvestitionen aufgebraucht worden ist oder, falls es noch nicht voll eingezahlt wurde, die Gesellschafter mit der Volleinzahlung warten, bis der Konkursverwalter die Stammeinlagen einzieht, obwohl die sofortige Einzahlung wegen der Fehlinvestitionen wünschenswert wäre. Hier Erlinghagen folgen, hieße die Gesellschafter verpflichten, nach jedem wirtschaftlichen Fehlschlag, und zwar gerade dem, der nicht Folge einer Unterkapitalisierung ist, der GmbH immer so viel Mittel zuzuführen, daß praktisch keiner ihrer Gläubiger gefährdet wird. Damit ist der Boden des geltenden Rechts verlassen. Man fragt sich vergebens, worin dann noch der Sinn jeder, auch einer "angemessenen", Haftungsbeschränkung liegen soll.

Erman selbst verkennt in seinem Diskussionsbeitrag nicht, daß bei Annahme einer Erklärungs haftung des Hintermannes dafür, sich redlich zu verhalten, der Einwand der Fiktion sehr naheliegt ²⁾. Der Überschrift seiner Abhandlung nach untersucht Erman die Haftung des Hintermannes für

-
- 1) Das gilt nicht für den von Erlinghagen auch genannten Fall, in dem sich der Gesellschaftszweck und damit das erforderliche Betriebskapital ändert, siehe oben S. 143 und Erlinghagen, Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, GmbH-Rundschau 1959, S. 175 rechts unten.
 - 2) Erman, Zur Frage der Haftung der Hintermänner überschuldeter Gesellschaften, S. 132 rechts oben und Anm. 25 und 26.

die Überschuldung ¹⁾ der von ihm beherrschten Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Für diesen Fall ist das Problem aber bei der GmbH durch die Konkursantragspflicht bei Überschuldung vom Gesetzgeber gesehen und geregelt worden. Der Hintermann haftet nach den beschriebenen Grundsätzen, wenn er als Täter ²⁾ oder Teilnehmer ³⁾ diese Pflicht schuldhaft ⁴⁾ verletzt hat. Diese Delikthaftung durch eine Erklärungs haftung in Voraussetzung und Folge zu modifizieren, dürfte unzulässig sein. Die Begründung einer Haftung des Hintermannes wird praktisch vom gewünschten Ergebnis her geführt. Erman, dem es offensichtlich darum ging, die Diskussion eines nicht auf die Verhältnisse bei einer GmbH beschränkten Problemkreises durch einen neuen Gesichtspunkt zu beleben ⁵⁾, sagt klar, weshalb er den Gedanken der Erklärungs haftung in den Vordergrund gestellt hat ⁶⁾: 1) Im Ergebnis komme man mit der Erklärungs haftung etwa zur Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, dagegen bei verständigem Ansatz, insbesondere bei genügender Berücksichtigung der im Wirtschaftsleben nötigen Bewegungsfreiheit, nicht für jedes leichte Versagen oder Fehlverhalten. Das sei eine gesunde Mittellinie und umso erfreulicher, als die Einbeziehung grober Fahrlässigkeit die Überdehnung des Begriffes des bedingten Vorsatzes und das damit verbundene Hineintragen subjektiver Diskriminierung des zur Haftung herangezogenen Hintermannes weitgehend überflüssig mache. 2) Alles werde nutzbar, was zur Willenserklärung und zur Auslegung von Erklärungen erarbeitet wor-

-
- 1) Entgegen der Überschrift spricht Erman auch von Unterkapitalisierung, so daß seine Grundsätze wohl auch für die Haftungsprobleme unterkapitalisierten Gesellschaften mit beschränkter Haftung im hier verstandenen Sinne gelten sollen. Vgl. hierzu besonders Erman, a.a.O., S. 132 links unten und S. 134 a.E.
 - 2) wenn der Hintermann gleichzeitig Geschäftsführer ist.
 - 3) wenn der Hintermann kein Geschäftsführer ist.
 - 4) Der Täter haftet schon bei Fahrlässigkeit, die Haftung als Teilnehmer setzt Vorsatz voraus; vgl. dazu im einzelnen oben S.79 ff, 100 ff.
 - 5) Erman, a.a.O., S. 120.
 - 6) Erman, a.a.O., S. 134 links unten.

den sei. Das aber sei wohl in der Hand des Richters das Material, mit dem sich die besten Ergebnisse erzielen ließen.

Gegen die Hilfskonstruktion einer Erklärungs haftung bestehen erhebliche Bedenken ¹⁾.

Drobnig, der den "Haftungsdurchgriff" bei der Unterkapitalisierung aus § 826 BGB begründen will ²⁾, schlägt vor ³⁾, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und des grundsätzlich erwünschten Gleichlaufs von Zivil- und Steuerrecht anzustreben, den Eigenkapitalcharakter von Gesellschafterdarlehn in Anlehnung an die steuerrechtlichen Gesichtspunkte zu beurteilen. Bei dem angesprochenen "Gleichlauf von Zivil- und Steuerrecht" geht es um das gegenwärtige Bestreben, bei der Beurteilung steuerbarer Vorgänge Steuerbehörden und Steuergerichte an die zivilrechtlichen Gestaltungen zu binden, in denen sich diese Vorgänge abgespielt haben ⁴⁾, um auf diese Weise wieder zu einem richtigen Verhältnis von § 1 Abs. 3 und § 6 Abs. 1 Steueranpassungsgesetz ⁵⁾ zu kommen. Worum es dabei aber ganz sicher

1) Siehe hierzu die Kritik von Kamm, S. 130 - 133, und Kamprad, S. 94 f.

2) Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, S. 94 und 95.

3) a.a.O., S. 81.

4) Kühn, Abgabenordnung, StAnpG § 1 Anm. 3 a)aa) a.E. (S. 782 Mitte) und Anm. 4 a) (S. 785 Mitte).

5) § 1 Steueranpassungsgesetz (StAnpG), dessen Abs. 1 gestrichen ist, lautet:

"(1) Die Steuergesetze sind ... auszulegen.

(2) Dabei sind die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen.

(3) Entsprechendes gilt für die Beurteilung von Tatbeständen."

§ 6 StAnpG lautet:

"(1) Durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemildert werden.

(2) ...

Liegt ein Mißbrauch vor, so sind die Steuern so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.

(3) ...

(4) ...".

nicht geht, ist, aus Steuertatbeständen Rechtsfolgen für das Zivilrecht abzuleiten. Deshalb kann aus § 3 KVStG keine zivilrechtliche Haftung begründet werden. § 3 KVStG bezweckt, Steuerumgehungen von vornherein auszuschließen und nicht durch eine ungeschickte Steuergesetzgebung indirekt die rechtspolitisch und volkswirtschaftlich unerwünschte Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften zu fördern ¹⁾.

In seinem viel beachteten Beitrag zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft hat Reinhardt einen sehr guten Ansatz zur Konkretisierung der haftungsbegründenden Generalklausel des § 826 BGB herausgearbeitet. Es erscheint jedoch bedenklich, wenn er vom Schrifttum weitgehend dahin verstanden wird ²⁾, eine Haftung des Einmanngesellschafters für die Unterkapitalisierung sei bei ihrem objektiven Vorliegen gegeben, ohne daß es auf die subjektive Einstellung des Einmanngesellschafters ankomme. Es bestehen auch insoweit Bedenken, dem w i r t s c h a f t - l i c h sicher sehr gesunden Leitprinzip, daß jeder, der sich durch Ausübung unternehmerischer Funktionen im Wirtschaftsleben betätigt, die mit dem Unternehmen adäquat verbundenen Risiken nicht in wirtschaftlich unangemessenem Verhältnis beschränken dürfe, eine solche allgemeine rechtliche Bedeutung beizulegen ³⁾.

Es ist das Verdienst Kamms, sich kritisch mit den von der Lehre nur unscharf umrissenen Voraussetzungen der Durchgriffshaftung im Fall der Gesellschafterdarlehn an unterkapitalisierte Kapitalgesellschaften auseinanderzusetzen und darauf hingewiesen zu haben, daß es sich bei der

- 1) Hier sei nur an die Konzentrationsbewegung in der Wirtschaft erinnert, die von dem bis zum 31. Dezember 1967 geltenden Umsatzsteuergesetz entscheidend gefördert worden ist.
- 2) Vgl. dazu oben S. 137 ff und 140 ff.
- 3) Kritisch auch Kamm, S. 124 - 127 und - soweit Reinhardt Rechtsscheingesichtspunkte anführt - S. 127 - 130, und Kamprad, S. 93 f.

Inanspruchnahme der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft um einen außerordentlichen Rechtsbehelf handelt. Er kann deshalb nur in besonderen Ausnahmefällen angewendet werden. Allerdings wird der von Kamm geforderte Schädigungsvorsatz - wie auch der vom II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschiedene Fall zeigt - nur selten gegeben sein.

III: Die von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Haftungsgesichtspunkte und ihre Berücksichtigung im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach §§ 823 Abs.2, 830 BGB

Knüpfen wir nunmehr wieder an die Ausführungen über den Schutzzweck der Konkursantragspflicht bei einer überschuldeten GmbH ¹⁾ und über die Haftungsvoraussetzungen ²⁾ und Haftungsfolgen ³⁾ bei Verletzung dieser Pflicht an, so ergibt sich, daß uns die meisten der in der Rechtsprechung und Literatur zur unterkapitalisierten GmbH angesprochenen Haftungsgesichtspunkte als Gegenstand gesetzlicher Wertung bereits begegnet sind:

Die Risikoverlagerung auf die Gesellschaftsgläubiger, die der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der Interessen der Altgläubiger, Gesellschafter, des Staates und der Allgemeinheit erst dann als ungerechtfertigt empfunden hat, wenn die Überschuldung der Gesellschaft für die Gesellschafter jedes "Unternehmerrisiko" beseitigt hat und die Hoffnung der Gesellschaftsgläubiger, des Staates und der Allgemeinheit, das Unternehmen erhalten zu können, aussichtslos erscheinen läßt.

Die Beschränkung der Haftung auf den Kreis der "unternehmerisch aktiven" Gesellschafter,

1) Vgl. dazu oben S.3 ff (Ergebnis S. 40).

2) Vgl. dazu oben S.40 ff und S. 97 ff.

3) Vgl. dazu oben S. 86 ff und S. 115.

die als Gesellschafter-Geschäftsführer die Täterhaftung und als herrschende, die Geschäftsführung beeinflussende Gesellschafter die Teilnehmerhaftung trifft. Sie haften als Teilnehmer, unabhängig davon, ob sie selbst oder über Dritte der Gesellschaft Darlehn gewährt oder davon abgesehen haben, wenn sie nur durch Beeinflussung der Geschäftsführer (mit)verhindert haben, daß der Konkursantrag wegen Überschuldung gestellt wurde.

Die Erfassung der "aus der Kulisse handelnden Hintermänner", auch wenn sie nicht Gesellschafter oder Geschäftsführer sind,

durch die Haftung für Teilnahmehandlungen.

Der Schuldvorwurf

als persönlicher Zurechnungsgrund gesetzwidriger Schädigung Dritter.

Die vorwerfbare Selbstgefährdung der Gesellschaftsgläubiger

als möglicher Haftungsbegrenzungsgrund im Rahmen des § 254 BGB und

die Subsidiarität der Durchgriffshaftung

als notwendige Voraussetzung für die Bejahung eines den Gesellschaftsgläubigern entstandenen Schadens. Soweit das Vermögen der Gesellschaft zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ausreicht, ist ihnen kein Schaden entstanden.

C: Die unterkapitalisierte GmbH als Teil einer in sich geschlossenen, sinnvollen gesetzlichen Gesamtregelung

Der Gesetzgeber hat die Gefahren der Haftungsbeschränkung gesehen. Im Gegensatz zu den Gewerkschaften mit ihrem durch die Natur des Bergbaues bedingten, in festen Bahnen sich bewegenden Geschäftsbetrieb komme für eine Gesellschaftsform, die für sehr verschiedenartige, nicht einmal notwendig an dauernde Betriebsanlagen irgendwelcher Art gebundene

Unternehmungen geeignet sein solle, die unveränderte Anwendung des für die bergrechtliche Gewerkschaft geltenden Haftsystems ¹⁾ nicht in Frage. Hier werde vielmehr die notwendige Unterlage der Gesellschaft nicht anders als durch die Aufbringung eines bestimmten, jedermann kenntlichen Gesellschaftskapitals zu beschaffen sein, das den dauernden Grundstock des Unternehmens und zugleich ein bestimmtes Befriedigungsobjekt für die Gesellschaftsgläubiger bilde ²⁾. Da für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen hafte, müsse die Eröffnung des Konkurses nicht bloß bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, sondern auch im Falle der Überschuldung stattfinden ³⁾. Welchen nachhaltigen Schutz der Gesellschaftsgläubiger und des rechtsgeschäftlichen Verkehrs der Gesetzgeber mit der Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH bezweckt hat, ist in dieser Arbeit behandelt worden. Unter Berücksichtigung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung konnte sich der Gesetzgeber darauf beschränken ⁴⁾, "... die

-
- 1) Hierzu führt die Begründung aus: "Bekanntlich werden bei der Gewerkschaft von den Mitgliedern keine festen Einlagen zur Aufbringung eines beitragsmäßig bestimmten Gesellschaftskapitals geleistet; vielmehr ist die Gewerkschaft befugt, die nach dem jeweils vorhandenen Bedürfnisse notwendigen Beiträge (Zubußen) zu den Kosten des Betriebes zu beschließen und von ihren Mitgliedern einzuziehen Die Pflicht der Gewerke, die beschlossenen Zubußen einzuzahlen, ist betragsmäßig eine unbegrenzte, hat aber doch insofern die Natur einer beschränkten Verbindlichkeit, als jeder Gewerke befugt ist, sich von der Leistung der Zubußen dadurch zu befreien, daß er den Kux, auf welchen die Zahlung zu leisten ist, der Gewerkschaft behufs ihrer Befriedigung aus demselben zu Verfügung stellt. Ein festes, bilanzmäßig nachzuweisendes Grundkapital hat die Gewerkschaft nicht; den dauernden Stamm ihres Vermögens bildet vielmehr das Bergwerk selbst, an dessen Besitz die Existenz der Gewerkschaft geknüpft ist." Vgl. Sten.Ber., 8.Legisl., I.Sess., 1890/92, 5.Anlageband, Anlage Nr. 660, S. 3729 rechts.
- 2) Sten.Ber., 8.Legisl., I. Sess., 1890/92, 5. Anlageband, Anlage Nr. 660, S. 3729 rechts.
- 3) a.a.O., S. 3756 rechts zu §§ 63, 64.
- 4) a.a.O., S. 3734 links zu § 5.

Entstehung einer Ueberzahl unbedeutender und ungenügend fundirter Gesellschaftsbildungen zu verhüten ...". Zu diesem Zweck und "um ein gewisses Interesse der Theilnehmer an den Schicksalen des gemeinsamen Unternehmens zu gewährleisten", hat er es für geboten gehalten, sowohl für das Stammkapital der Gesellschaft als für die Einlagen der einzelnen Gesellschafter einen **M i n d e s t b e t r a g** gesetzlich festzusetzen. In beiden Beziehungen werde jedoch nicht mehr gefordert werden dürfen, als zur Sicherung der bezeichneten Zwecke notwendig sei. Daß ihm hierzu ein Stammkapital von 20.000 Mark ausreichend erschien, wird in den Gründen zur Nachschußpflicht bekräftigt ¹⁾. Durch die freie Beweglichkeit des Gesellschaftsvermögens - also die Frage, ob und in welchem Umfang der Gesellschaft über das Stammkapital hinaus Vermögen zugeführt oder belassen werden soll, und die Entscheidung dieser Frage allein durch die Gesellschafter - werde den berechtigten Interessen der Gläubiger nicht zu nahe getreten, denn diesen sei **n u r** das im Gesellschaftsvertrag bestimmte Stammkapital in Aussicht gestellt und als Grundlage des Kredits derselben öffentlich bekannt gemacht. Den Gläubigern geschehe daher Genüge, die Aufbringung und Erhaltung dieses Kapitals zu sichern. Daß auch alles andere Vermögen der Gesellschaft in gleicher Weise behandelt werde, könnten sie nicht beanspruchen. Und selbst wenn die Beteiligten eine Nachschußpflicht vereinbart haben - was in ihr Ermessen gestellt ist - stehe den Gesellschaftsgläubigern unter keinen Umständen, insbesondere auch nicht im Konkurse der Gesellschaft, das Recht zu, die Nachschußpflicht der Gesellschafter selbständig geltend zu machen oder die Geltendmachung durch die Gesellschaft zu verlangen.

Unter diesen Umständen kann wohl kaum behauptet werden, der Gesetzgeber habe die zu wertende Situation nicht

1) a.a.O., S. 3730 links unten undrechts oben.

überblickt und nicht geregelt. Einer Gesetzesergänzung ¹⁾ oder Abweichung ¹⁾ vom Gesetz bedarf es nicht. Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse, soweit sie die Gefahren betreffen, die aus der Unterkapitalisierung einer GmbH drohen, haben sich nicht so grundlegend geändert, daß die Annahme einer sekundären Gesetzeslücke gerechtfertigt erschiene. Es ist zwar unverkennbar, daß vor 75 Jahren, als das GmbH-Gesetz entstand, 20.000 Mark einen größeren Wert verkörperten als heute 20.000 DM. Aber dieser Umstand allein, der vom Gesetzgeber der Gegenwart sehr leicht durch eine entsprechende Erhöhung des erforderlichen Mindeststammkapitals beseitigt werden könnte, reicht m.E. auch aus folgendem Grund nicht aus, eine Gesetzesanpassung ¹⁾ zu rechtfertigen. Allein die Erhöhung des Mindeststammkapitals vermag die Unterkapitalisierung nicht auszuschließen ²⁾. Die Höhe des Stammkapitals, ob 100.000, 40.000 oder 20.000 DM, begründet nämlich für sich allein betrachtet nie die Annahme, die Gesellschaft sei unterkapitalisiert. Unterkapitalisierung ergibt sich erst aus einem bestimmten Verhältnis zwischen Stammkapital und erforderlichem Betriebskapital. Ihr könnte deshalb wirksam nur begegnet werden, wenn dieses Verhältnis selbst gesetzlich geregelt würde.

Eine gesetzliche Regelung dieses Verhältnisses zwischen Stammkapital und erforderlichem Betriebskapital wäre sehr schwierig, der II. Zivilsenat hält sie vor allem aus Rechtssicherheitsgründen für bedenklich ³⁾. Es geht aber in erster Linie auch nicht darum, die Unterkapitalisierung um ihrer selbst willen zu vermeiden. Worauf es - und darin besteht wohl Einigkeit - vor allem ankommt, ist doch, die Befriedigungsinteressen der Gesellschaftsgläubiger und Dritter, die

1) Vgl. hierzu G. und D. Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts (I), NJW 1955, S. 1380 (1383 f) und (II) a.a.O., S. 1662 ff; dieselben, Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze, MDR 1957, S. 193 f.

2) Sie ist gleichwohl wünschenswert, vgl. auch schon oben S. 121 Anm. 1.

3) Vgl. dazu oben S. 134.

mit der Gesellschaft in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten, zu schützen. Dieses Ziel kann nicht nur durch Anknüpfen an ein gesetzlich (oder richterlich) gefordertes "angemessenes" Verhältnis von Stammkapital und erforderlichem Betriebskapital erreicht werden. Es sind Regelungen denkbar, die bei größerer Rechtssicherheit zu einem Ausgleich der beteiligten Interessen kommen, bei dem das Befriedigungsinteresse der Gesellschaftsgläubiger eine angemessene Berücksichtigung findet ¹⁾. Der Gesetzgeber hat sich im GmbHG für eine solche Regelung entschieden, deren Wertungen und teleologischen Inhalt, deren tatbestandsmäßige Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Verfasser zu klären bemüht war.

Hätte die Rechtsprechung den damit vom Gesetzgeber gewollten Gläubigerschutz, insbesondere die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung bei schuldhafter Verletzung der Konkursantragspflicht wegen Überschuldung der GmbH voll verwirklicht, oder würde das in Zukunft geschehen, gäbe es vermutlich im Rahmen des geltenden Rechts ein "Durchgriffs-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH" nicht, jedenfalls nicht in dem Umfang. Das Bild, die Gesellschafter, die ein Unternehmen in der Form einer unterkapitalisierten GmbH betrieben, hätten den Nutzen, die Gesellschaftsgläubiger die Risiken, wäre trügerisch. Die Unterkapitalisierung einer GmbH wäre nicht das große Geschäft der beschränkt haftenden "Unternehmer" (Gesellschafter, Hintermänner), das auf dem Rücken der Gesellschaftsgläubiger betrieben würde. Sie wäre der Grundstein zum Konkurs der Gesellschaft, verbunden mit dem vollen Verlust des Haftkapitals ²⁾ und der

1) Vgl. dazu z.B. oben S. 151 f.

2) Soweit Gesellschafterdarlehn gewährt wurden, bestünde außerdem noch die Gefahr, mit ihnen in gleicher Weise im Konkurs auszufallen wie die übrigen Gesellschaftsgläubiger. Selbstverständlich kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 826 BGB eine weitergehende Haftung in Betracht kommen. Vgl. dazu oben S. 149 f.

Aussicht einer deliktischen Haftung bei Verletzung der Konkursantragspflicht wegen Überschuldung, und zwar bevor das Unternehmen Gewinn bringen konnte. Es ist kein Zufall, daß in dem vom II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschiedenen Fall die unterkapitalisierte GmbH möglicherweise bereits zwei Monate, sicher aber ein halbes Jahr nach der Gründung überschuldet war ¹⁾. Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung würde in Reflexwirkung sogar die Neigung zur Unterkapitalisierung einschränken und zu einem ausgeprägteren Verantwortungsbewußtsein der Geschäftsführer einer GmbH führen.

Die Wertungen des Gesetzgebers, die er in einer in sich geschlossenen, sinnvollen Gesamtregelung verwirklicht hat, erscheinen aus den genannten Gründen nicht unsachgemäß.

Ein Fall, in dem sich die dem Gesetz zugrundeliegenden Wertungen nach Erlass des Gesetzes so grundlegend geändert haben, daß eine den gesetzlichen Wertungen entsprechende Anwendung des Rechts allgemein als schlechthin unerträglich empfunden würde, liegt ebenfalls nicht vor ²⁾. Der Richter ist deshalb auch nicht im Wege der Gesetzesanpassung zu einer Rechtsfortbildung berechtigt ³⁾.

-
- 1) Vgl. dazu oben S.132 , 154 (Anm.2) und 154 (Anm. 3). Dasselbe Schicksal hätte eine GmbH, die A und B mit 20.000 DM Stammkapital und 2 Millionen DM Gesellschafterdarlehn ausstatten wollen, um mit ihr eine Maschinenfabrik betreiben zu können. Das Beispiel stammt von Hofmann, Zum "Durchgriffs"-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, S. 1941 links.
 - 2) Ebenso Hofmann, Zum "Durchgriffs"-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH, NJW 1966, S. 1945.
 - 3) Vgl. hierzu G. und D. Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts (II), NJW 1955, S. 1665 links unten und S. 1666; dieselben, Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze, MDR 1957, S. 194.

Das Ergebnis

1. Der Gläubigerschutzzweck der Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH geht weiter als es bisher von der herrschenden Meinung angenommen wurde (1. Teil, A).
2. Die schuldhaft Verletzung der Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH löst Schadensersatzansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die Geschäftsführer (1. Teil) und Dritte, die an der Pflichtverletzung der Geschäftsführer "teilnehmen", aus (2. Teil).
3. Die eigentliche Gefahr, die die Unterkapitalisierung einer GmbH für das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an voller Befriedigung birgt, liegt in der Begünstigung einer Überschuldung der GmbH (3. Teil).
4. Die entscheidenden, von Rechtsprechung und Lehre vorgetragenen Gesichtspunkte zur Lösung des "Durchgriffs"-Problems bei der unterkapitalisierten GmbH sind Gegenstand gesetzlicher Wertung im Rahmen der Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH und der Verletzung dieser Pflicht (4. Teil und 5. Teil, A und B).
5. Der Gesetzgeber hat die Gefahren extremer Haftungsbeschränkung erkannt und ist ihnen bei sachgemäßer Wertung durch eine in sich geschlossene, sinnvolle Gesamtregelung entgegengetreten (5. Teil, C).

Lebenslauf

Am 12. Januar 1939 wurde ich als Sohn des Privatschulinhabers Dipl.-Kfm. Dipl.-Hdl. Diplom-Steuersachverständiger Gotthard Kühn und der Dipl.-Hdl. Gertrud Kühn, geborene Ehlert, in Halle (Saale) geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Vom Herbst 1945 bis zum Frühjahr 1950 besuchte ich mit halbjähriger Unterbrechung die Volksschulen in Halle an der Saale, in Klostermansfeld (Kreis Eisleben) und in Hemsbünde im Kreis Rotenburg (Hannover), danach ein halbes Jahr die Mittelschule in Rotenburg (Hannover) und achteinhalb Jahre das Neusprachliche Gymnasium in Dierdorf (Bezirk Koblenz). Am 17. Februar 1959 bestand ich die Reifeprüfung.

Nach einer zweijährigen Lehre bei einem Steuerberater in Bremen legte ich vor der Handelskammer Bremen die Gehilfenprüfung in wirtschafts- und steuerberatenden Berufen ab.

Vom Sommersemester 1961 an studierte ich neun Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten in Marburg, Köln und Münster (Westf.), und zwar zwei Semester in Marburg, drei in Köln und vier in Münster. Am 4. Dezember 1965 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm (Westf.) die erste juristische Staatsprüfung. Anschließend war ich Assistent am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität in Münster.

Zur Zeit bin ich Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm (Westf.).

